

Tilburg University

Wie zijn wij?

Hirsch Ballin, E.M.H.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Hirsch Ballin, E. M. H. (2013). Wie zijn wij? Coreferaat bij de Artikel 1 Lezing van Thomas Spijkerboer. *Nederlands Juristenblad*, 88(19), 1263-1265. [1205].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



NJB

NEDERLANDS JURISTENBLAD

‘WIJ ZIJN HIER’

- Gelijke behandeling van niet-uitzetbare vreemdelingen
- Wie zijn wij?
- De door het recht bestuurde wereld is altijd virtueel geweest
- Meer over meervoudig beslissen

P. 1251-1310 JAARGANG 88 10 MEI 2013

19



Kluwer

a Wolters Kluwer business

10295525

Mr. NJB
 Waar kijkt de topjurist,
 die toe is aan een
 nieuwe arbeidsovereen-
 komst, als eerste?

Mr. NJB
 Zeker, op de
vacaturesites van
Mr. en NJB!

Kijk voor uw online wervingskracht op:
kluwermedia.nl/
arbeidsmarktcommunicatie

 **Kluwer Media**
 a Wolters Kluwer business | Uw mediapartner
 in business-to-business

MAGAZINE VOOR JURISTEN
Mr.

2013
 PROFILERING +
 NEW BUSINESS?



Mr. mei

- Dealmakers van het jaar
- Mededingingsrecht

Mr. juni

- Kwaliteit van de jurist
- Arbeidsrecht

Bel: 024 - 360 77 10 of mail:
mail@capitalmediaservices.nl

PublicSpirit maakt deel uit van de
BMC | Groep

Smallepad 34
 3811 MG Amersfoort
 033 - 445 9050
www.publicspirit.nl



De BEL Combinatie is 'de werkorganisatie' van de gemeenten Blaricum, Eemnes en Laren. De gemeenten Blaricum (9.000 inwoners) en Laren (11.500 inwoners) liggen in de provincie Noord-Holland, de gemeente Eemnes (9.000 inwoners) in de provincie Utrecht. PublicSpirit zoekt voor de BEL Combinatie een

Senior adviseur Juridische Control

(max. € 70.000,-)

Van de senior adviseur Juridische Control wordt verwacht dat hij/zij op basis van ervaring en vanuit senioriteit de juridische control binnen de BEL Combinatie versterkt en verankert. Daarnaast wordt van de adviseur ook een inhoudelijke bijdrage en verantwoordelijkheid verwacht in (complexe) juridische dossiers.

Als ideale kandidaat voor de functie beschik je over WO werk- en denkniveau, aantoonbare civielrechtelijke ervaring en aantoonbare ervaring met aanbestedingen en staatssteun. Je bent een strateeg en tacticus en een goede sparringpartner voor het bestuur. Je bent een koersvaste en stevige jurist die stelling neemt. Een adviseur die vanuit juridisch control het krachtenveld over de afdeling heen overziet. Sensitief, (eigen) wijs op effectieve en constructieve wijze. Je bent in staat mensen mee te nemen in een ontwikkeling en je kennis met hen te delen en aan hen over te dragen.

Meer weten?

De uitgebreide functieomschrijving is te lezen op www.publicspirit.nl. Mocht je na het lezen van deze informatie nog vragen hebben, dan kun je contact opnemen met mevrouw drs. M.A.C. Vermeulen, consultant bij PublicSpirit.

Vooraf 1203 1253

Prof. mr. T. Barkhuysen

Gezondheidsrisico's door dieren en omgevingsrecht

Art. 1 Lezing 1204 1254

Prof. mr. T.P. Spijkerboer

'Wij zijn hier'

Gelijke behandeling van niet uitzetbare vreemdelingen?

Coreferaat 1205 1263

Prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin

Wie zijn wij?

Wetenschap 1206 1266

Prof. mr. E.J. Dommering

De door het recht bestuorde wereld is altijd virtueel geweest
Daar heeft de computer niets aan veranderd

Reacties 1207-1208 1273

Mr. dr. M. Malsch

Meervoudig beslissen niet altijd garantie voor kwaliteit

Prof. dr. mr. E. Bauw 1274

Dr. F. van Dijk

Prof. dr. J. Sonnemans

Naschrift

Rubrieken

1209-1220 Rechtspraak 1275

1221 Boeken 1288

1222-1232 Tijdschriften 1289

1233-1239 Wetgeving 1296

1240-1246 Nieuws 1301

1247 Universitair nieuws 1306

1248 Personalía 1308

1249 Agenda 1309

De bescherming van de
VOLKSGEZONDHEID
in het
OMGEVINGSRECHT is
op dit moment **NIET**
optimaal
GEWAARBORGD

Pagina 1253

Het **NATIONALITEITS-RECHT** veronderstelt dat het op internationaal niveau een **SLUITENDE LAPPENDEKEN** is, maar in werkelijkheid bestaat het uit **IJSSCHOTSEN** die over elkaar heen schuiven, en die **WAKKEN** laten

Pagina 1255

De blijvende aanwezigheid van **MENSEN** wier vertrek **NIET** kan worden afgedwongen of zelfs **REDELIJKERWIJS** niet kan worden **VERLANGD**, wijst erop dat er iets **SCHORT** aan de wijze waarop de **BESLUITVORMING** is **INGERICHT**

Pagina 1264

De **MAATREGELEN** komen in beeld als **BESTUURDERS** er blijk van geven dat hun **MOREEL KOMPAS** niet goed genoeg staat afgesteld om in het **ONDERWIJS** te kunnen werken

Pagina 1304



Gebakken **KLEI** kan de drager zijn van een unieke **ETRUSKISCHE** vaas of een dagelijks gebruiksvoorwerp. En zo is het met de **BITS** op een **COMPUTERSCHIJF** ook

Pagina 1270

Bij het **PLEIDOOI** voor een grotere inzet van meervoudige **KAMERS** zou ook **AANDACHT** besteed kunnen worden aan de **MINDER** positieve **EFFECTEN** ervan

Pagina 1273

De **WIJZE WAAROP** in deze zaak gestalte is gegeven aan de informele **BESTUURLIJKE LUS** verdraagt zich **NIET** met de eisen die **ARTIKEL 6** van het **EVRM** stelt

Pagina 1303

Opgericht in 1925 Eerste redacteur J.C. van Oven

Erevoorzitter J.M. Polak

Redacteuren Tom Barkhuysen (vz.), Ybo Buruma, Coen Drion, Ton Hartlief, Corien (J.E.J.) Prins, Taru Spronken, Peter J. Wattel

Medewerkers Chr.A. Alberdingk Thijm, technologie en recht, Barend Barentsen, sociaal recht (socialezekerheidsrecht), Alex F.M. Brenninkmeijer, alternatieve geschillenbeslechting, Wibren van der Burg, rechtsfilosofie en rechtstheorie, G.J.M. Corstens, Europees strafrecht, Eric Daalder, bestuursrecht, Caroline Forder, personen-, familie- en jeugdrecht, Janneke H. Gerards, rechten van de mens, Ivo Giesen, burgerlijke rechtsvordering en rechtspleging, Richard H. Happé, belastingrecht, Aart Hendriks, gezondheidsrecht, Marc Hertogh, rechtssociologie, Martijn W. Hesselink, rechtsvergelijking en Europees privaatrecht, P.F. van der Heijden, internationaal arbeidsrecht, C.J.H. Jansen, rechtsgeschiedenis, Harm-Jan de Kluiver, ondernemingsrecht, Willemien den Ouden, bestuursrecht, Theo de Roos, straf(proces)recht, Stefan Sagel, arbeidsrecht, Nico J. Schrijver, volkenrecht en het recht der intern. organisaties, Ben Schueler, omgevingsrecht, Thomas Spijkerboer, migratierecht, Elies Steyger, Europees recht, T.F.E. Tjong Tjin Tai, verbintenissenrecht, F.M.J. Versteijlen, zakenrecht, Dirk J.G. Visser, intellectuele eigendom, Inge C. van der Vlies, kunst en recht, Rein Wesseling, mededingingsrecht, Reinout Wibier, financieel recht, Willem J. Witteveen, staatsrecht

Auteursaanwijzingen Zie www.njb.nl. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen impliceert

toestemming voor openbaarmaking en veeleenvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van het NJB.



Logo Artikelen met dit logo zijn door externe peer reviewers beoordeeld.

Citeerwijze *NJB* 2013/[publicatienr.], [af.], [pag.]

Redactieadres Bezoekadres: Lange Voorhout 84, Den Haag, postadres: Postbus 30104, 2500 GC Den Haag, tel. (0172) 466399, e-mail njb@kluwer.nl

Internet www.njb.nl en www.kluwer.nl

Secretaris, nieuws- en informatie-redacteur Else Lohman

Adjunct-secretaris Berber Goris

Secretariaat Nel Andrea-Lemmers

Vormgeving Colorsan bv, Voorhout, www.colorsan.nl

Uitgever Simon van der Linde

Uitgeverij Kluwer, Postbus 23, 7400 GA Deventer.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing, zie www.kluwer.nl.

Abonnementenadministratie, productinformatie Kluwer Afdeling Klantcontacten, www.kluwer.nl/klantenservice, tel. (0570) 673 555.

Abonnementsprijs (per jaar) Tijdschrift: € 300 (incl. btw.). NJB Online: Licentieprijs incl. eerste gebruiker € 320 (excl. btw.), extra gebruiker € 80 (excl. btw.). Combinatieabonnement: Licentieprijs incl. eerste gebruiker € 320 (excl. btw.). Prijs ieder volgende gebruiker € 80 (excl. btw.). Bij dit abonnement ontvangt u 1 tijdschrift gratis en krijgt u toegang tot NJB Online. Zie voor details: www.njb.nl (bij abonneren). Studenten 50% korting. Losse nummers € 30. Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar vanaf de

eerste levering, vooraf gefactureerd voor de volledige periode. Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd; bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

Gebruik persoonsgegevens Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Media advies/advertentiedeelname Maarten Schüttel

Capital Media Services

Staringstraat 11, 6521 AE Nijmegen

Tel. 024 - 360 77 10, mail@capitalmediaservices.nl

ISSN 0165-0483 NJB verschijnt iedere vrijdag, in juli en augustus driewekelijks. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet j°. Besluit van 29 december 2008, Stb. 2008, 583, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).



a Wolters Kluwer business

Bij Tilburg Law School ontstaat per 1 januari 2014 een vacature voor een

Hoogleraar Nederlands en Europees Verbintenissenrecht

0,8-1,0 fte

De hoogleraar richt zich in onderwijs zowel als in onderzoek op het gebied van Europees privaatrecht, bezien in wisselwerking met het Nederlands privaatrecht, met de nadruk op het contractenrecht. U kunt tot en met 17 mei a.s. reageren op de vacature. Een volledige functieomschrijving en informatie over de sollicitatieprocedure is te vinden op de website van Tilburg University:

<http://www.tilburguniversity.edu/nl/over-tilburg-university/werken-bij/wp/>

Tilburg Law School



Understanding Society

Gezondheidsrisico's door dieren en omgevingsrecht

19 In bepaalde gebieden van Nederland is sprake van zeer intensieve veeteelt. Deze brengt veel (economische) voorspoed, maar kent ook schaduwkanten. Eén daarvan is het gezondheidsrisico dat intensieve veehouderij met zich meebrengt voor mensen die in de omgeving van dergelijke bedrijven wonen. Dat is een serieus risico. Zo herinneren wij ons de uitbraak van een Q-koorts-epidemie als gevolg van met dit virus besmette geitenhouderijen. Daarbij waren doden te betreuren en werden duizenden mensen ziek. Op dit ogenblik probeert men in China het hoofd te bieden aan een nieuwe uitbraak van vogelgriep die al vele slachtoffers maakte. Een probleem dat ook al in Nederland speelde, net als overigens besmetting met de MRSA-bacterie van de omgeving van veehouderijen. Onderzoek van onder meer het RIVM, de GGD en de Gezondheidsraad laat zien dat de aanwezigheid van (mega) veehouderijen leidt tot verspreiding van en verhoogde blootstelling aan ziektekiemen van mensen in de directe omgeving. Uit het tot nu toe beschikbare onderzoek blijkt echter geen direct causaal verband met volksgezondheidsproblemen. Opvallend is dat de onderzoekers desalniettemin aanbevelingen doen voor het aanhouden van een zekere afstand tussen bedrijven onderling en met woningen.

Uit het Europese recht (onder meer de artikelen 2 en 8 EVRM) vloeit voort dat de staat een plicht heeft om via adequate regelgeving, toezicht en handhaving mensen te beschermen tegen dit soort gezondheidsrisico's. Ook geldt nadrukkelijk een informatieplicht. Omdat het hier deels om onzekere risico's gaat, is verder het voorzorgsbeginsel van belang. Op basis daarvan kan de afwezigheid van wetenschappelijke zekerheid over het intreden van gezondheidsschade niet het nalaten van effectieve en proportionale preventieve maatregelen rechtvaardigen.

Het voorgaande roept de vraag op of ons omgevingsrechtelijke toetsingskader voor het toestaan en inpassen van veehouderijen voldoende is toegerust om met de bedoelde gezondheidsrisico's om te gaan. Bij beschouwing van de relevante regelgeving en jurisprudentie op dit vlak valt om te beginnen op dat een toets op gezondheidsrisico's door dieren geen integraal onderdeel uitmaakt van het toetsingskader ten aanzien van ruimtelijke beslissingen (vgl. ABRvS 1 december 2010, *LJN BQ5732*). Dit terwijl afstandseisen wel worden aanbevolen door sommige van de hiervoor genoemde onderzoeksinstituten. Verder valt op dat voor het milieudeel van de omgevingsvergunning gezondheidsrisico's weliswaar wel onderdeel uitmaken van het toetsingskader, maar dat sprake is van een zware bewijslast ten aanzien van het aannemelijk maken van deze risico's (vgl. ABRvS 8 februari 2012, *LJN BV3245*). In feite moet voor het tegenhouden van de vestiging van een bedrijf in de directe nabijheid van bewoning met wetenschappelijke deskundigenrapporten worden aangetoond dat sprake is van 'onaanvaardbare risico's' (vgl. ABRvS 16 januari 2013, *LJN BY8509*). Het is de vraag hoe dit zich verhoudt met het voorzorgsbeginsel. Hoe dit ook zij, vastgesteld kan in ieder geval worden dat de bescherming van de volksgezondheid in het omgevingsrecht op dit moment niet optimaal is gewaarborgd.

Er bestaan diverse mogelijkheden om het omgevingsrechtelijke kader beter toe te snijden op gezondheidsrisico's door dieren. Zo zou de wetgever kunnen kiezen voor gezondheidsrisicocontouren in bestemmingsplannen, net als dat nu al mogelijk is ten aanzien van geur en geluid. Ook zou het gezondheidsrisico expliciet als criterium kunnen worden erkend bij de toetsing van ruimtelijke beslissingen zoals bestemmingsplannen. De rechtspraak zou daarbij het voortouw kunnen nemen waarna de wetgever een en ander zou kunnen verankeren. Dat geldt ook voor het mede op basis van het voorzorgsbeginsel versoepelen van de bewijslast bij het aannemelijk maken van gezondheidsrisico's. Wellicht zou eerder kunnen worden aangenomen dat risico's onaanvaardbaar zijn. In die zelfde categorie ligt de optie om de onderzoeksverplichtingen van de aanvrager en/of het bevoegd gezag te verzwaken in het kader van de voorbereiding van besluitvorming. Verder zou strenger kunnen worden gestuurd op het met luchtafvoer- en filterinstallaties beperken van de verspreiding van ziektekiemen.

Een deel van deze voorstellen zou een plaats kunnen krijgen in de beoogde nieuwe Omgevingswet waarvan nu een ontwerp ter consultatie voorligt. Het ontwerp voorziet namelijk in de mogelijkheid in omgevingsplannen milieuwaarden als geur en geluid normerend te laten werken. Dat zou ook mogelijk gemaakt kunnen worden voor gezondheidsrisico's, al dan niet in combinatie met een contourenbenadering. Knelpunt in het huidige ontwerp is dat – anders dan oorspronkelijk beoogd – niet is voorzien in een integraal toetsingskader met als centraal criterium de 'bescherming van de fysieke leefomgeving'. Daarvoor zou alsnog kunnen worden gekozen. Een ander knelpunt is dat het huidige ontwerp het afzonderlijk aanvragen en verlenen van toestemmingen voor de bouw- en milieuaspecten van een project weer mogelijk lijkt te gaan maken. Dit terwijl de bescherming tegen gezondheidsrisico's juist gebaat is bij een gecoördineerde benadering op dit punt, zoals die onder de huidige wetgeving wel geldt. Ook hier zou het ontwerp van de nieuwe Omgevingswet aanpassing behoeven.

Er zijn kortom genoeg mogelijkheden om het omgevingsrechtelijke kader te verbeteren. Er moet gekomen worden tot een meer integrale benadering van gezondheidsrisico's door dieren in het omgevingsrecht. Het is belangrijk dat de betrokken autoriteiten – wetgever, rechter en bestuur – deze handschoenen oppakken, waarbij het aansprakelijkheidsrecht zo nodig een aanjagende rol kan spelen. Daarbij zullen zij, ten slotte, moeten worden gesteund door nader wetenschappelijk onderzoek. Het is opvallend dat er nog zo weinig bekend is over de precieze risico's en met name het causale verband tussen de verspreiding van ziektekiemen en de volksgezondheid. Gelet op enerzijds het belang van de volksgezondheid en anderzijds de economische betekenis van de intensieve veehouderij kunnen we het ons niet permitteren dat over de gezondheidsrisico's zoveel onzekerheid blijft bestaan.

Tom Barkhuysen

‘Wij zijn hier’

Gelijke behandeling van niet uitzetbare vreemdelingen?

Thomas Spijkerboer¹

Dit artikel is de schriftelijke weergave van de Artikel 1 lezing die de auteur op 22 maart 2013 hield aan de Universiteit Utrecht. In hoeverre is het uit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel gerechtvaardigd dat niet uitzetbare asielzoekers die zich in Nederland bevinden anders worden behandeld dan andere personen die zich in Nederland bevinden op het punt van sociaal-economische grondrechten, zoals arbeid, sociale zekerheid, huisvesting, onderwijs en gezondheidszorg? De claim op deze rechten wordt afgeweerd door er op te wijzen dat de vluchtelingen daarvoor in hun eigen land moeten zijn maar daarmee wordt er ten onrechte vanuit gegaan dat het nationaliteitsrecht op internationaal niveau een sluitende lappendeken is.

Sinds 2012 voeren afgewezen maar niet-uitzetbare asielzoekers actie onder het motto ‘Wij zijn hier’. In tentenkampen en gekraakte kerken protesteren ze tegen een asielbeleid dat hun asielverzoeken afwijst terwijl ze niet kunnen worden uitgezet, en in dezelfde beweging organiseren ze als een soort doe-het-zelvers hun eigen gemeenschap en hun eigen bestaansvoorwaarden.² Ik zal hun situatie analyseren aan de hand van het gelijkheidsbeginsel. In hoeverre is het gerechtvaardigd dat deze personen die zich in Nederland bevinden anders worden behandeld dan andere personen die zich in Nederland bevinden op het punt van sociaal-economische grondrechten, zoals arbeid, sociale zekerheid, huisvesting, onderwijs en gezondheidszorg?

Het klassieke juridische concept van de vluchteling, dat halverwege de vorige eeuw uitkristalliseerde, draait om het idee dat de normale band van vertrouwen en loyaliteit tussen staat en burger is verbroken.³ De protesterende asielzoekers komen uit landen als Somalië, Irak en Soedan. Daar is geen overheid, of een overheid die een deel van de bevolking niet als de zijne beschouwt. De overheid probeert minderheden als Oromo's in Ethiopië en Nuba's in Soedan te verdrijven, of de bevolking wordt meedogenloos als strijdperk gebruikt zoals in Oost-Congo. Deze mensen hadden geen wederkerige band met de overheid in hun land van herkomst. In die zin zijn zij als vluchteling aan te merken, en zo zal ik ze hier ook regelmatig noemen. Ik gebruik het begrip dus niet noodzakelijkerwijze in positiefrechtelijke zin, maar ik gebruik het concept dat ten grondslag ligt aan het positiefrechtelijke begrip. Die twee zaken zijn ver van elkaar verwijderd geraakt, en daardoor worden veel mensen die wel vluchteling zijn in de zin van de grondslag van het vluchtelingenrecht niet erkend als vluchteling in de positiefrechtelijke zin. De mensen om wie het gaat zitten klem in de

kloof die tussen deze twee begrippen is ontstaan.

In het internationale recht wordt uitgegaan van de fictie dat nationaliteiten gelijk zijn. We zullen zien dat de claim op sociaal-economische grondrechten die de vluchtelingen formuleren wordt afgeweerd door er op te wijzen dat ze daarvoor in hun eigen land moeten zijn. Het werkelijken van fundamentele rechten verloopt primair via nationale staten. Maar landen als Somalië, Irak, Congo en Afghanistan zijn – op verschillende manieren en in verschillende mate – *failed states*. Je kunt daar wel de nationaliteit in formele zin van hebben, maar het is een nationaliteit die een volstrekt andere waarde heeft dan de Amerikaanse of de Nederlandse. De formele gelijkstelling van staten in het internationale recht – daaronder begrepen het nationaliteitsrecht – gaat voorbij aan de radicale verschillen tussen landen, en daarmee aan wat een mens heeft aan de Somalische onderscheidenlijk de Nederlandse nationaliteit.⁴ Verdergaand geformuleerd: het allocatiesysteem dat nationaliteitsrecht is (welke persoon hoort bij welk land?) pretendeert sluitend te zijn, en voor iedereen een oplossing te hebben – desnoods formele staatloosheid in de zin van het Staatlozenverdrag van 1954. Maar het allocatiesysteem vertoont hiaten en grijze zones; er is niet voor iedereen een plek, en niet iedereen voor wie geen plek is wordt afgedekt door staatloosheid.⁵ Zo heeft Neder-

Er is niet voor iedereen een plek, en niet iedereen voor wie geen plek is wordt afgedekt door staatloosheid

land niet eens een procedure voor erkenning als staatloze, terwijl het buiten schuld-beleid (dat over de facto staatlozen gaat) zo restrictief is dat het slechts voor enkele tientallen vreemdelingen per jaar een oplossing biedt.⁶ Het nationaliteitsrecht veronderstelt dat het op internationaal niveau een sluitende lappendeken is, maar in werkelijkheid bestaat het uit ijschotsen die over elkaar heen schuiven, en die wakken laten.

Onderscheid naar nationaliteit

Art. 1 van de Grondwet bepaalt dat allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Art. 2 Gw geeft ogenblikkelijk een kwalificatie van het voorop gezette gelijkheidsbeginsel. Nederlanderschap wordt bij wet geregeld; en de wet regelt de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Het Nederlandse constitutionele recht bevat dus een uitdrukkelijke uitzondering op het gelijkheidsbeginsel. Het vreemdelingenrechtelijke onderscheid naar nationaliteit mag.

De doctrine die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft gebouwd in zijn jurisprudentie over het EVRM zit technisch wat anders in elkaar, maar het komt in effect op het zelfde neer. Al sinds *Abdulaziz* overweegt het EHRM standaard dat staten het soevereine recht toekomt om te beslissen over de toelating en uitzetting van vreemdelingen: 'as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory'. Bij hun uitoefening van dat soevereine recht mogen ze het EVRM niet schenden.⁷ Het Hof zet dus een andere constructie op. Het begint niet, zoals de Grondwet, met het grondrecht waarop de inbreuk een uitzondering is. Het Hof begint met het recht van de staat, en concipieert een beperking op dat recht als een uitzondering.

We kunnen concluderen dat het recht op gelijke behandeling er niet aan in de weg staat dat

- a) Staten nationaliteiten mogen instellen; en
- b) Dat staten op grond van dat instituut onderscheid

mogen maken bij de toelating en uitzetting van vreemdelingen.

Niet uitzetbaren

De schattingen over het aantal illegalen in Nederland loopt uiteen. Het komt er in het kort op neer dat 100 000 een veilige gok lijkt, al hebben Anita Böcker en Kees Groenendijk er ooit op gewezen dat dat aantal eerder door publicitaire dan door empirische overwegingen lijkt te zijn ingegeven.⁸ Sommige vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf hebben hun situatie vooral aan zichzelf te danken. Een Amerikaan zonder verblijfsrecht kan gewoon weer naar huis, en als hij hier is, is dat zijn keuze. Ik zal me in dit artikel richten op niet uitzetbare afgewezen asielzoekers, omdat aan de hand van hun situatie het dilemma waar ik het over wil hebben scherp kan worden geanalyseerd. Ik weet dat er ook andere groepen zijn wier positie aandacht behoeft, zoals *domestic workers*. Daar ga ik het niet over hebben, niet omdat de positie van deze groep geen analyse behoeft maar omdat een mens niet alles tegelijk kan.

Binnen de groep protesterende vluchtelingen onderscheid ik vier groepen: (1) mensen die evident groepsgewijs asiel hadden moeten hebben, namelijk de Somaliërs; (2) mensen voor wie het land van herkomst geen reispapieren afgeeft; (3) mensen voor wie alleen reisdocumenten worden afgegeven als ze verklaren dat ze vrijwillig teruggaan; en (4) de firma list & bedrog: mensen die telkens een andere nationaliteit en/of identiteit opgeven, en daardoor zowel de Nederlandse overheid als de overheid van hun land van herkomst in de war maken.

- 1) Op 17 juli 2012 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een uitspraak over de vreemdelingenbewaring van een Somaliër die volgens de minister via de luchthaven van Mogadishu kon doorreizen naar een veilig deel van Somalië. De Afdeling signaleert dat de minister zelf van mening was dat de situatie in Mogadishu zodanig was dat er een ernstige

Het Nederlandse constitutionele recht bevat een uitdrukkelijke uitzondering op het gelijkheidsbeginsel.

Het vreemdelingenrechtelijke onderscheid naar nationaliteit mag

Auteur

1. Prof. Mr. T.P. Spijkerboer is hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Tekst van de Artikel 1-lezing, Universiteit Utrecht, 22 maart 2013. Met dank aan Ernst Hirsch Ballin voor hierna afgedrukte reactie; aan Pieter Boeles voor zijn inbreng tijdens het schrijven van deze tekst; aan Lienneke Slingenberg en Karin de Vries voor hun commentaar op een eerdere versie; en aan Banafsheh Mogaddassi voor haar onderzoeksassistentie.

Noten

2. Overigens is het niet uniek dat 'illegalen' als groep de openbaarheid zoeken, vergelijk m.b.t. Canada Alison Kesby: *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford University Press, 2012, 131; Anne McNevin: *Contesting Citizenship. Irregular Migrants and New Frontiers of the Political*, New York: Columbia University Press 2011.
3. Atle Grahl-Madsen: *The Status of Refugees in International Law*, Vol. I, Leiden:

A.W. Sijthoff 1966, p. 79.

4. Kesby, p. 46.

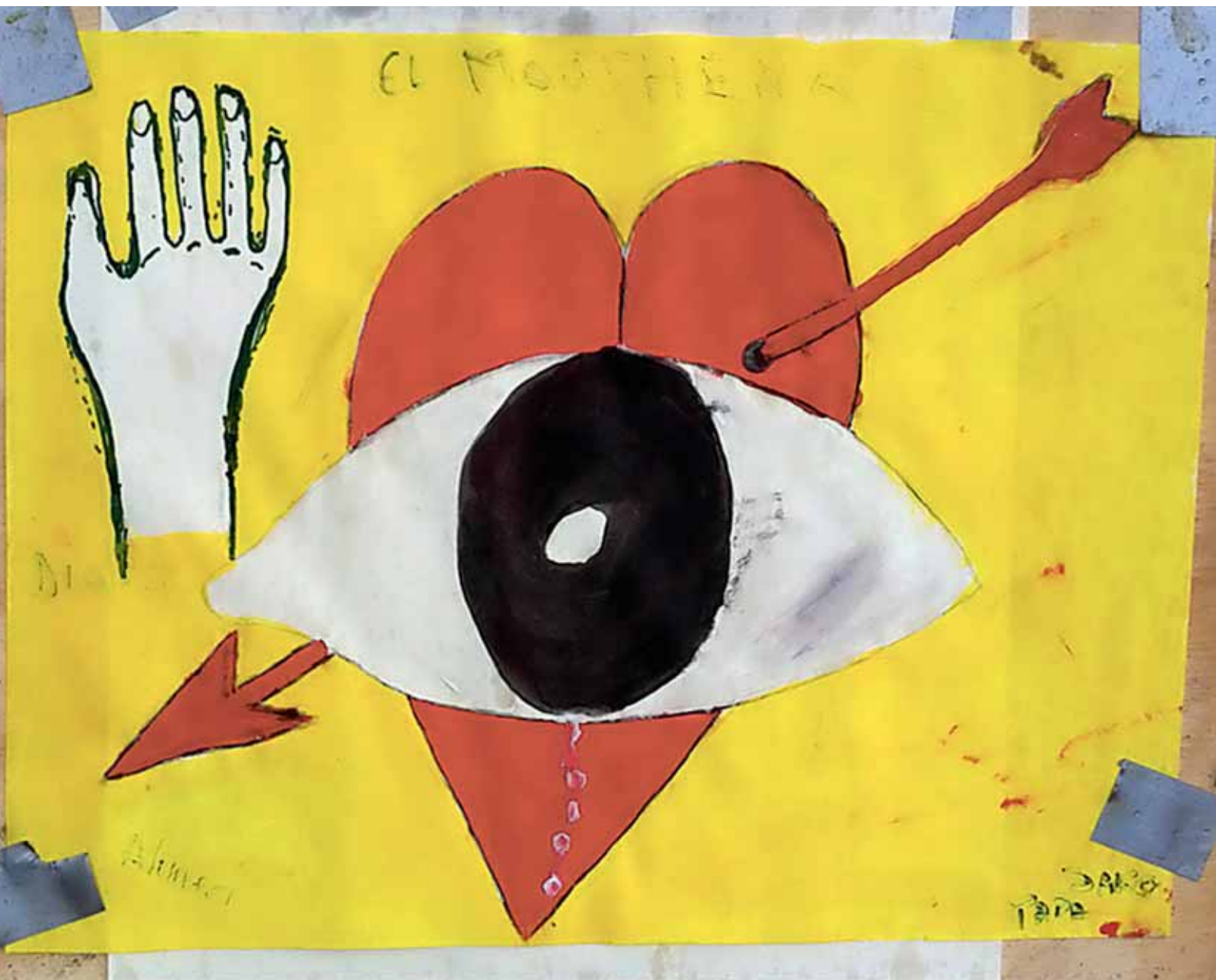
5. Kesby p. 36-37, 64. Macklin pleit ook als staatslozen te beschouwen mensen met 'nominal citizenship in a failed state', Audrey Macklin: *Who is the Citizen's Other? Considering the Heft of Citizenship*, *Theoretical Inquiries in Law* 2007, p. 333 e.v.

6. Michel Collet: 'Onuitzetbaarheid en het buitenschuld criterium', *Migrantenrecht* 2009, p. 132-136.

7. EHRM 28 mei 1985, RV 1950-2009, 13

(*Abdulaziz*), noot Boeles, par. 67, in de context van art. 8 EVRM. In hetzelfde arrest stelt het Hof onder art. 14 dat geen onderscheid naar ras wordt gemaakt omdat het om migratiebeleid gaat, par. 85.

8. Kees Groenendijk en Anita Böcker, 'Het schatten van onschatbaren. Aantallen illegalen, beeld van een categorie of van de schatter?', *Migrantenstudies* 1995, 117-128.



Open your heart - open your eye - le droit de l'homme © Chekh El Mouthena Marrakchy, zat in vreemdelingenbewaring vanaf de ontruiming van het tentenkamp aan de Notweg in Amsterdam op 30 november 2012 tot de opheffing van de bewaring door de rechtbank op 14 januari 2013; verblijft nu in de Vluchtkerk in Amsterdam.

bedreiging van leven of persoon van burgers als gevolg van willekeurig geweld was, in de zin van art. 29 lid 1 onder b, ten 3^{de} Vw 2000.⁹ De verwijdering via het vliegveld van Mogadishu zou de betrokkene dus in een situatie brengen die in strijd was met art. 3 EVRM. Er was geen zicht op (rechtmatige) uitzetting, zodat de vreemdelingenbewaring opgeheven moest worden.¹⁰ Er waren derhalve (aldus de Afdeling) gegronde redenen om aan te nemen dat de man bij uitzetting een reëel risico liep om te worden onderworpen aan een behandeling in strijd met art. 3 EVRM. Dat leidt ingevolge art. 29 Vw 2000 en art. 18 Richtlijn 2004/83 tot asielerlening. Maar dat deed de minister niet; hij liet alles bij het oude. Dat was in strijd met de wet. De wet biedt een mogelijkheid voor het geval de staatssecretaris het nemen van zo'n beslissing wil uitstellen, bijvoorbeeld

om nieuwe informatie af te wachten. Dat is afkondiging van een besluitmoratorium op grond van art. 43 Vw. Gevolg daarvan is dat de vreemdelingen die onder het moratorium vallen in de opvang blijven. Op grond van het wettelijk systeem hadden Somaliërs in 2012 asiel, of minimaal opvang hangende het besluitmoratorium moeten krijgen. De Nederlandse overheid koos er voor zich niet aan de wet te houden en liet hen in de kou staan. De staatssecretaris vindt inmiddels dat de ontwikkelingen in Somalië een wijziging van die conclusie rechtvaardigen, en daar heeft hij ook wel argumenten voor.¹¹ Er zijn ook argumenten tegen. Zo weigert het IOM mee te werken aan vrijwillige terugkeer van Somaliërs, omdat het – in het voetspoor van UNHCR – de situatie in Somalië nog te onveilig vindt. Eerst moet de rechter daar maar eens over oordelen, en

In de afgelopen 20 jaar is de dominantieverhouding tussen het vreemdelingenrecht en andere rechtsgebieden één voor één en stukje bij beetje omgedraaid

zolang die geen groen licht heeft gegeven, blijft de conclusie dat Somaliërs voorshands recht op asiel hebben.¹² Ongeveer de helft van de Amsterdamse actievoerders is Somaliër.

- 2) De andere helft van de Amsterdammers komt uit andere Afrikaanse landen. Voor hen is de situatie dus anders. Ze hebben langdurig (tot in totaal vier jaar), en vaak herhaaldelijk¹³ in vreemdelingenbewaring gezeten, en zijn geklinkerd. De overheid van hun land van herkomst weigert reisdocumenten af te geven, zonder dat duidelijk is waarom.¹⁴ Het gaat daarbij deels om leden van minderheden die flink in de verdrukking zitten, zoals Nuba's uit Soedan of Oromo's uit Ethiopië.¹⁵
- 3) De Afdeling oordeelde onlangs dat er toch zicht op uitzetting naar Ethiopië is,¹⁶ mits de vreemdeling verklaart dat hij vrijwillig wil terugkeren. De situatie van Irakezen (die in Den Haag actie voeren) is een variant daarop. Irak accepteert alleen afgewezen asielzoekers die vrijwillig terug willen. Er keren veel Irakese vluchtelingen terug uit buurlanden, en dat trekt een zware wissel op de opvangcapaciteit van het – ook voor het overige zwaar geteisterde – land. Mensen uit Europese landen die zelf terug willen, komen terug met een plan, en zijn eigenlijk daarom heel welkom. Mensen die niet terug willen zullen dat niet willen omdat ze niet goed weten hoe ze hun leven in Irak weer kunnen oppakken, en daarom geeft Irak voor hen geen reisdocumenten.¹⁷ De Afdeling bepaalde in een uitspraak van 13 april 2012 dat er om die reden geen zicht op uitzetting was, waardoor vreemdelingenbewaring onrechtmatig was.¹⁸ Er zijn ook andere groepen voor wie opgaat dat zij reisdocumenten van het land van herkomst krijgen als zij tegenover hun consulaat verklaren dat ze vrijwillig

terug gaan. Sommigen verklaren naar waarheid dat ze dat niet willen en krijgen dus geen reisdocumenten. De Nederlandse overheid vindt dat ze moeten meewerken door te liegen, en daar kan ik inkomen. De vluchtelingen zelf wijzen op de situatie in hun land, en vinden het een tikkeltje apart dat de Nederlandse overheid nu ineens wil dat ze liegen. Ook voorstelbaar.

- 4) Er zijn zonder enige twijfel mensen die wel terug zouden kunnen als ze de juiste gegevens op zouden geven – de firma list & bedrog. Dat is een van de groepen niet-verwijderbare asielzoekers, naast de andere drie. De kwestie van de niet uitzetbare afgewezen asielzoekers kunnen we niet 'oplossen' door te doen alsof het louter om bedriegers gaat.

Voor de Nederlandse overheid zijn de groepen drie en vier niet goed uit elkaar te houden, zodat niet goed valt uit te maken wie echt niet terug kan, wie prima terug kan, en wie in de lastige tussengroep zit. Gemakshalve scheert het beleid ze allemaal over een kam.¹⁹

De gang van zaken rond de ontruimingen van de tentenkampen in Amsterdam en Den Haag was illustratief. Geen enkele Irakees van het tentenkamp aan de Koekamp in Den Haag is in bewaring genomen – er is immers geen zicht op uitzetting naar Irak. Van de 108 mensen van de Amsterdamse Notweg stonden er 98 binnen twaalf uur weer op straat, in het inmiddels befaamde bushokje. Van de overige tien zijn er vier in de loop van de tijd door DT&V vrijgelaten, zijn er twee op last van de rechter vrijgelaten, zitten er nog twee vast, en zijn er welgeteld twee uitgezet, een naar Armenië en een naar Italië, het verantwoordelijke Dublin-land.²⁰ Van de Amsterdamse arrestanten is – naar boven afgerond – 1,9% uitgezet.

Nederland is, zagen we eerder, bevoegd om deze

9. Vergelijk EHRM 17 juli 2008, RV 1950-2009, 7 (NA vs. *Verenigd Koninkrijk*), noot Battjes; HvJ EU 17 februari 2009, RV 1950-2009, 9 (*Elgafaji*), noot Battjes.

10. ABRvS 17 juli 2012, JV 2012/362.

11. *Kamerstukken II* 2012/13, 19 637 nr. 1595.

12. Het is overigens de vraag of Somalische zaken nu onder de *inclusion clause* van het Vluchtelingenverdrag (art. 1A-2) moeten worden beoordeeld, of onder de *cessation clause* (i.c. art. 1C-5). Als iemand asiel heeft, kan dat alleen worden ingetrokken vanwege een verbetering van de situatie in het land van herkomst als die verbetering significant en niet tijdelijk veranderd is (art. 1C lid 5 Vluchtelingenverdrag, art. 11 lid 2 en 15 lid 2 Definitieverrichtlijn). Op 30 november 2012 werd een nieuw ambtsbericht

uitgebracht, waaruit de staatssecretaris op 14 december 2012 concludeerde dat verandering naar Somalië wel weer mogelijk was omdat de situatie daar is verbeterd, *Kamerstukken II* 2012/13, 19 637 nr. 1595, p. 3. Ik denk dat de *cessation clause* moet worden toegepast omdat het onthouden van deze titel in strijd met de wet was. Als we nu de *inclusion clause* toepassen, en niet de voor de betrokkenen gunstiger *cessation clause*, dan profiteert de overheid van handelen in strijd met de wet, en ondervinden de vluchtelingen daar nadeel van; dit genot van verboden vruchten lijkt me niet aanvaardbaar.

13. Van alle mensen in vreemdelingenbewaring in 2010 zat 27% voor de tweede/derde/vierde keer vast, Dienst Justitiële Inrichtingen: *Een profielschets van vreem-*

delingen in bewaring 2010, Ministerie van Veiligheid en Justitie, Den Haag 2012, p. 29. Met dank aan Annet Busser.

14. Bijvoorbeeld m.b.t. Ethiopië ABRvS 13 november 2012, JV 2013/24.

15. Zie over de positie van Nuba's bijvoorbeeld <http://www.hrw.org/news/2013/01/04/last-nuba-again>; over de positie van Oromo's bijvoorbeeld Advocates For Human Rights: *Human Rights in Ethiopia: Through the Eyes of the Oromo Diaspora*; Office of the High Commissioner for Human Rights: A/HRC/WG.6/6/ETH/3, UNGA, 22-9-2009.

16. ABRvS 7 februari 2013, LJN BZ 1332.

17. *Kamerstukken II* 2011/12, 19 637, nr. 1553, p. 1.

18. ABRvS 13 april 2012, JV 2012/253.

Overigens was deze beslissing cruciaal voor

de tentenkampen: de Irakezen realiseerden zich dat ze de openbaarheid konden zoeken zonder het risico op detentie te lopen.

19. Andere landen waarbij zicht op uitzetting (in sommige perioden) niet wordt aangenomen: China, ABRvS 5 september 2008, JV 2008/418, noot Baudoin, weer wel sinds ABRvS 9 augustus 2010, JV 2010/377. Somaliland, ABRvS 1 juli 2011, JV 2011/374. Algerije, ABRvS 24 december 2010, JV 2011/83. Mauritanië, Rb. 's Gravenhage zp Utrecht 14 januari 2013, AWB 12/40079; betrof overigens een man die bij de ontruiming van tentenkamp Notweg was opgepakt en een van de leiders van de acties in Amsterdam is.

20. E-mail van Lokien Holleman aan Thomas Spijkerboer, 20 maart 2013.

mensen ongelijk te behandelen aan Nederlanders en andere vreemdelingen. Nederland mag, op grond van hun nationaliteit, overgaan tot uitzetting. Maar, zo hebben we in deze paragraaf gezien, dat blijkt gemakkelijker gezegd dan gedaan.

De koppelingswet

Dit probleem dateert niet van vandaag of gisteren. Sinds twintig jaar maakt Nederland niet alleen onderscheid naar nationaliteit bij de toelating en uitzetting van vreemdelingen, maar ook bij het verstrekken van uitkeringen, vergunningen en voorzieningen. Art. 10 lid 1 Vw 2000 bepaalt 'De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, kan geen aanspraak maken op toekenning van verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen bij wege van een beschikking van een bestuursorgaan. (...)'; deze bepaling werd oorspronkelijk in 1998 ingevoerd.²¹

Deze ongelijke behandeling van vreemdelingen is op het eerste gezicht in strijd met de Grondwet en de doctrine van het EHRM. Immers, allen die zich in Nederland bevinden worden in gelijke gevallen gelijk behandeld, zonder onderscheid naar nationaliteit. De uitzondering die art. 2 Gw en de jurisprudentie van het EHRM toestaan betreft de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Waar het om toelating en uitzetting gaat is onderscheid naar nationaliteit toegestaan. Dus, zou je denken, dan geldt voor uitkeringen en dergelijke gewoon nog de hoofdregel: gelijke behandeling van allen die zich in Nederland bevinden, zonder onderscheid naar nationaliteit.

Maar dat blijkt anders te liggen. Sinds twintig jaar ontdekken we dat allerlei dingen die op het eerste gezicht niet over de toelating en uitzetting van vreemdelingen gaan, daar toch alles mee te maken hebben, en wel in die mate dat ze onder de uitzondering op het gelijkheidsbeginsel vallen.²² We nemen sociale zekerheid als voorbeeld. Tot ver in de jaren tachtig stonden de doelstellingen van de sociale zekerheid voorop, ook als het om vreemdelingen ging. Daarbij was hun verblijfsstatus niet irrelevant, maar

punten. Ten eerste moet een werknemer verzekerd zijn tegen het risico van inkomensderving bij ziekte. Ten tweede moeten andere werknemers beschermd worden tegen de oneerlijke concurrentie die uitgaat van onverzekerde werknemers, die immers voor werkgevers goedkoper zijn. Zeker, werknemers zonder verblijfsrecht mogen hier niet zijn en hier niet werken. Daar moeten de vreemdelingendienst en de arbeidsinspectie ook zeker iets aan doen. Maar als iemand toch hier is en werkt, dan moet hij verzekerd zijn – wie de doelstellingen van sociale zekerheid voorop stelt, zal dat de normaalste zaak van de wereld vinden.

In de afgelopen twintig jaar is de dominantieverhouding tussen het vreemdelingenrecht en andere rechtsgebieden één voor één en stukje bij beetje omgedraaid. Een paar voorbeelden:

- Vreemdelingen zonder verblijfsrecht en zonder tewerkstellingsvergunning zijn sinds 1991 uitgesloten van het sofinummer, daarmee van de mogelijkheid om belasting en premies te betalen, en daarmee van de mogelijkheid om deel te nemen aan werknemersverzekeringen.
- Vreemdelingen die toch recht hebben op bijstand (met name: asielzoekers) krijgen niet meer een bijstandsuitkering, maar een uitkering op grond van een voorliggende voorziening op grond van de Wet COA. De manier waarop die voorzieningen worden verstrekt is geheel geënt op de asielprocedure, en heeft als doel de asielprocedure en het asielbeleid te ondersteunen. Dat gaat zelfs zo ver, dat Lieneke Slingenberg de vraag opwerpt of verblijf in de asielopvang niet moet worden opgevat als detentie, waardoor veel strengere kwaliteitsnormen van toepassing zijn.²³
- Waar tot 2001 vreemdelingen een beroep konden doen op de procedurele regels van het bestuursrecht om hun gestelde rechten te verwerkelijken, nu is – nota bene grotendeels op initiatief van de bestuursrechter zelf – het bestuursprocesrecht onderworpen aan de doelstellingen van het vreemdelingenbeleid.²⁴

Was het, kortom, een paar decennia geleden zo dat het vreemdelingenrecht dienend was ten opzichte van de doelstellingen van andere rechts- en beleidsterreinen, nu zien we dat andere rechtsgebieden dienend zijn ten opzichte van de doelstellingen van het vreemdelingenrecht en –beleid. Het vreemdelingenrecht ging vooral over toelating en uitzetting. Nu wordt een vreemdeling veel langer en op veel meer terreinen achtervolgd door zijn status van vreemdeling. De huidige situatie heeft niets vanzelfsprekends of noodzakelijks, evenmin als de eerdere situatie natuurlijk.

In haar boek *The Citizen and the Alien*²⁵ onderzoekt Linda Bosniak deze flexibiliteit naar tijd en plaats van het vreemdelingenrecht. Bosniak onderscheidt vier aspecten van burgerschap: de formele status (nationaliteit in de enge zin van het woord), rechten, participatie en identiteit. Het dominante idee is dat die vier aspecten samenvallen, maar dat is niet het geval. Mensen die formeel Nederlander zijn hebben met succes betoogd dat zij tweederangs burgers waren; omdat zij geen stemrecht hadden (vrouwen tot 1919), niet handelingsbekwaam waren (gehuwde vrouwen tot 1957), strafbaar waren (homoseksuelen tot 1970), geen gelijke rechten hadden in sociale zekerheid (vrouwen en homoseksuelen tot diep in de jaren tachtig) – en ga zo maar door. Anil Ramdas hamerde

De vraag is op welke gebieden je vreemdelingen wilt achtervolgen met hun status van vreemdeling. Die vraag wordt prangend als het gaat om fundamentele rechten

hij voerde niet de boventoon. Het kon bijvoorbeeld gebeuren dat een vreemdeling zonder verblijfsvergunning en zonder tewerkstellingsvergunning wel premies afdroeg, en dus een ziektebewijduitkering kreeg. Omdat het koppelingsbeginsel al ruim twee decennia opgeld doet, vinden we dat tegenwoordig een tegennatuurlijke situatie. Als je vindt dat alles om het vreemdelingenrecht draait is dat inderdaad raar. Maar als je sociale zekerheid als uitgangspunt neemt, is dat helemaal niet raar. De Ziektewet heeft twee uitgangs-

er op dat niet-Hollandse Nederlanders niet inbegrepen zijn in de dominante opvatting van de Nederlandse identiteit. Toegelaten vluchtelingen hebben, de andere kant op, bijna alle rechten van nationale onderdanen, ook als zij het Nederlanderschap niet hebben. En de Nederlandse situatie voor de invoering van het koppelingsbeginsel is nog een illustratie van de ontkoppelbaarheid van de vier elementen. Mensen die niet alleen geen Nederlander waren, maar ook geen verblijfsrecht hadden, hadden veel meer rechten dan nu, die deels aan hen toekwamen op

De huidige situatie, waarin vreemdelingen in vrijwel elk aspect van hun dagelijks leven worden achtervolgd door de grens, is niet vanzelfsprekend

grond van hun participatie aan de arbeidsmarkt.

Juridisch kan er dus een heleboel. De vraag is op welke gebieden je vreemdelingen wilt achtervolgen met hun status van vreemdeling. Die vraag wordt prangend als het gaat om fundamentele rechten. Mag illegalen het recht op minimum bestaansvoorwaarden worden ontzegd, omdat ze die grondrechten in hun land van herkomst geldend kunnen maken? Uiteraard, zegt ons gekoppelde bewustzijn. Mogen illegalen worden gemarteld, omdat ze tegenover hun land van herkomst het recht geldend kunnen maken om niet te worden gemarteld? Bizar idee, zal iedereen zeggen. Mogen illegalen die ook nog eens gevaarlijk zijn maar die niet uitgezet kunnen worden voor onbepaalde tijd worden gedetineerd zonder strafrechtelijke grondslag? Het House of Lords en het EHRM moesten er aan te pas komen om vast te stellen dat dat niet mag.²⁶

Michael Walzer's idee van *sphere separation*, waaraan Bosniak veel ontleent, is in dit verband relevant.²⁷ Er moeten schaarse goederen worden verdeeld in verschillende sferen: geld, opleiding, macht, gezondheid, en ga zo maar door. Binnens een sfeer mag er ongelijkheid zijn. Iemand die die harder werkt, mag meer geld verdienen. Iemand die geschikter is om premier te zijn en dus meer stemmen krijgt mag meer macht hebben. Maar iemand die met eco-

nomische macht politieke macht koopt, om daarmee zijn economische positie te versterken (Berlusconi) vermengt twee sferen: hij gebruikt zijn dominantie in de ene sfeer om zijn positie in de andere sfeer te versterken, en gebruikt daarmee argumenten uit de ene sfeer (geld) die in die andere sfeer (politiek) niet geldig zijn. Zo'n vermenging van sferen is onrechtvaardig.

Als we toegang tot Nederland beschouwen als een schaars goed, dan moet dat schaars goed worden verdeeld op grond van ter zake doende criteria. Dat is in alle liberale landen een mix van verdienste (typisch voorbeeld: arbeidsmigratie) en behoefte (typisch voorbeeld: asiel). Gezinshereniging is een mix van behoefte (familiebanden) en verdienste (inkomenseis).

Sociale zekerheid en gezondheidszorg zijn andere sferen. Het is onrechtvaardig om iemand gezondheidszorg te ontzeggen omdat hij illegaal is. Dat doen we dan ook niet – althans in theorie. Bij sociale zekerheid is enige vermenging van sferen goed denkbaar, maar het totaal ontzeggen van basisbehoeften is een totale vermenging van sferen, waardoor aan iemand vanwege zijn positie in de ene, vreemdelingenrechtelijke sfeer elk recht in de andere, bestaansvoorwaarden-sfeer wordt ontzegd. Ik denk dat het op deze manier laten samenvallen van de twee sferen van verblijfsrecht en bestaansvoorwaarden onverenigbaar is met Walzer's concept van samengestelde (want meer-sferige) rechtvaardigheid (*complex equality*). En telkens als een vreemdeling vanuit vreemdelingendetentie geklinkerd wordt, vindt deze sfeervermenging rechtstreeks plaats. Dat gebeurt in zo'n 3 500 gevallen per jaar, dat is ongeveer de helft van alle mensen die in vreemdelingendetentie zit.²⁸

We hebben gezien hoeveel keuzevrijheid de overheid heeft bij de beslissing waar en wanneer de grenzen van het land bewaakt worden; welke beleidsterreinen nog in het licht van het vreemdelingenrecht gezien worden; tot hoever een vreemdeling achtervolgd wordt door de grens. De huidige situatie, waarin vreemdelingen in vrijwel elk aspect van hun dagelijks leven worden achtervolgd door de grens, is niet vanzelfsprekend. Kort geleden was een volstrekt andere situatie even vanzelfsprekend. Burgerschap, leren we van Bosniak, is als legoblokjes: je kunt ze op verschillende manieren aan elkaar klikken. Van Walzer neem ik over dat het vrijwel geheel laten samenvallen van de sferen van verblijf en bestaanszekerheid uit een oogpunt van sociale rechtvaardigheid niet goed te verdedigen is.

Het gelijkheidsbeginsel

Laten we nu weer eens teruggaan naar het gelijkheidsbeginsel. Men zal zich – inmiddels mogelijk met enige moei-

21. Stb. 1998, 203 en 204 (Koppelingswet). Zie daarover Manon Pluymen: *Niet toelaten betekent uitsluiten*, Den Haag: Boom 2008.

22. In die zin met zoveel woorden de Centrale Raad van Beroep in de uitspraken van 26 juni 2001 over de verenigbaarheid van de koppelingswet met het gelijkheidsbeginsel. Het getoetste doel van de koppelingswet is 'de doelstelling van de koppelingswetgeving zoals deze in de wetgeschiedenis is neergelegd, te weten het wegnemen van de moge-

lijkheid om ondanks het ontbreken van een verblijfstitel aanspraak te maken op uitkeringen en verstrekkingen, hetgeen immers een aanzet kan vormen tot de voortzetting van, in beginsel, wederrechtelijk verblijf en uiteindelijk kan leiden tot een vorm van schijnlegaaliteit wat de verblijfspositie betreft; dit mede ter ondersteuning van een consistent vreemdelingenbeleid, dat onder meer tot doel heeft degenen die geen toelating verkrijgen het land te doen verlaten.' CRvB 26 juni

2001, RV 2001, 83, noot Minderhoud.

23. Lieneke Slingenberg: *Between Sovereignty and Equality. The Reception of Asylum Seekers under International Law*, dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam 2012, p. 398-400.

24. Thomas Spijkerboer: *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu 2002.

25. Linda Bosniak: *The Citizen and the Alien: Dilemma's of Contemporary Membership*, Princeton University Press 2008.

26. EHRM 19 februari 2009, appl.no.

3455/05, A. and others vs. UK

27. Michael Walzer: *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books 1983, p. 31-63.

28. Email van Rian Ederveen (LOS) aan auteur d.d. 21 maart 2013: 3.770 in 2009, 3.300 in 2010, 3.245 in 2011, 1.560 in 2012 t/m 20 juli 2012.

te – herinneren dat allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk worden behandeld, zonder onderscheid naar nationaliteit.

Gaat het bij de uitsluiting van illegalen om onderscheid naar nationaliteit?²⁹ Als een werkgever personen die zwanger kunnen worden uitsluit van vaste aanstellingen, spreken we van onderscheid naar geslacht. Dat doen we, ook al weten we dat sommige vrouwen niet zwanger willen worden, en dat sommige vrouwen niet of niet meer zwanger kunnen worden. De verboden uitsluitingsgrond is niet reproductieve capaciteit, maar geslacht, omdat mannen niet op deze grond uitgesloten *kunnen* worden van een vaste aanstelling. Ik vind het naar analogie heel plausibel om te stellen dat het koppelingsbeginsel onderscheid naar nationaliteit behelst. Nederlanders *kunnen* door dit onderscheid niet getroffen worden, terwijl vreemdelingen wel kunnen worden geraakt. Zeker, een aantal vreemdelingen wordt niet geraakt omdat ze een verblijfsrecht hebben. Maar daar kan verandering in komen; wie een verblijfsrecht heeft kan dat verliezen doordat niet meer aan een vereiste wordt voldaan (inkomenseis, het voortduren van de arbeidsovereenkomst of het huwelijk, Somalië wordt veilig verklaard). Elke vreemdeling valt er potentieel onder. Is het onderscheid naar nationaliteit gerechtvaardigd? Voor rechtvaardiging van onderscheid naar nationaliteit moeten zeer gewichtige redenen aannemelijk gemaakt worden.³⁰ Dat is niet gemakkelijk. Ten eerste omdat sommige vreemdelingen wel aanspraak maken op uitkeringen, voorzieningen en vergunningen – ook illegale vreemdelingen (ik kom daar straks op terug). Dat ondermijnt de noodzakelijkheid van het onderscheid. Voorts zou met een veel beperktere vorm van onderscheid dan totale uitsluiting het doel (het economisch welzijn van Nederland) ook bereikt kunnen worden. Zo is goed voorstelbaar dat illegalen niet die onderdelen van het pakket van bestaanszekerheid krijgen die we zelf ook een beetje aan de luxe kant vinden; voor recht op het meerdere zou je je een soort opbouwsysteem kunnen indenken (als je X jaar belasting en premies hebt betaald, maak je aanspraak op het totale pakket). De gedachte dat het hier gaat om een niet gerechtvaardigd onderscheid naar nationaliteit heeft dus een zekere plausibiliteit.

Een volgende te onderzoeken mogelijkheid is dat het hier gaat om onderscheid naar vreemdelingenrechtelijke status. Nederlanders hebben de Cadillac onder de verblijfsstatussen, omdat nationale onderdanen niet mogen worden uitgezet.³¹ Aan de andere kant van het verblijfsrechtelijke spectrum zitten vreemdelingen met een erg zwak verblijfsrecht, bijvoorbeeld als zij om medische redenen niet kunnen worden verwijderd (art. 64 Vw 2000) of als ze de uitkomst van een procedure mogen afwachten (art. 8 onder f g en h Vw 2000). Deze mensen hebben allemaal rechtmatig verblijf in de zin van art. 10 Vw 2000, en vallen niet onder het koppelingsbeginsel. Er zijn ook mensen die geen verblijfsrecht hebben, zoals de protesterende vluchtelingen. Het doel van dit onderscheid tussen mensen met en zonder verblijfsrecht is het economisch welzijn van Nederland, en dat doel is ook wel plausibel. Gezien de ongelijkheid in de wereld op punten als levensvoorwaarden en veiligheid, betekenen open grenzen dat het *free riders* probleem dat kenmerkend is voor de welvaartsstaat onbeheersbaar wordt. Het ligt voor de hand te

verwachten dat vrije immigratie leidt tot neerwaartse druk op de lonen en sociale voorzieningen, uitholling van de positie van vakbonden. De hoofdredacties van de *Wall Street Journal* en de *Economist* zijn dan ook groot aanhanger van dit scenario. Ik ben dat niet. Als migratie niet meer door de staat wordt gereguleerd, wordt hij gereguleerd door die andere twee rivaliserende instituties: de markt en de familie. Dan toch maar liever de staat, omdat

De vrijwel totale uitsluiting van mensen zonder verblijfsrecht gaat te ver

zowel de democratische inspraak van onderop als het rechterlijk toezicht achteraf (hoe zeer ook allebei gebrek-kig) toch nog in positieve zin afsteekt bij de markt en de familie. Dus: het legitieme doel is er wat mij betreft in de juridische zin van het woord wel. Maar ik betwijfel of de totale uitsluiting van illegalen proportioneel is. Ik wijs er op dat het tot voor twintig jaar anders ging. En ik wijs er op dat ook nu nog het koppelingsbeginsel door de Nederlandse overheid routinematig wordt geschonden – ik kom daar straks op terug. Dan heeft het onderscheid de schijn van willekeur.

Een volgende te onderzoeken mogelijkheid is dat het koppelingsbeginsel onderscheid maakt *tussen* verschillende groepen mensen die niet verwijderd mogen worden. Er bevinden zich in Nederland veel mensen die op dit moment niet verwijderd mogen worden: Nederlanders, vreemdelingen met een verblijfsvergunning, vreemdelingen met een licht verblijfsrecht, en in ieder geval in 2012 Somaliërs. Ik neem nu even aan dat het onderscheid tussen wel en niet verwijderbaren gerechtvaardigd is. Maar *binnen* deze groep wordt een nader onderscheid gemaakt tussen mensen met een formeel verblijfsrecht (Nederlanders, vreemdelingen met verblijfsvergunning) en mensen die juridisch niet uitzetbaar zijn maar geen volkomen verblijfsrecht hebben (sommige vreemdelingen in procedure, Somaliërs in 2012). Ik moet eerlijk zeggen dat mijn gedachten stil vallen bij het zoeken naar een rechtvaardiging van dit onderscheid. Ik kan me indenken dat een onderscheid gerechtvaardigd is tussen mensen van wie je aan kunt nemen dat ze hier duurzaam zullen verblijven en mensen van wie je dat nog helemaal niet zeker weet (want er loopt nog een procedure). Maar het volledig uitsluiten van Somaliërs in 2012 is niet te rechtvaardigen. Dat heeft er natuurlijk alles mee te maken dat zij een evidente aanspraak op asielverlening hadden; een analyse op grond van het gelijkheidsbeginsel brengt dat nogmaals naar boven.

Dan de mogelijkheid dat het koppelingsbeginsel onderscheid maakt tussen verschillende groepen vreemdelingen *zonder* verblijfsrecht. Asielzoekers hebben de eerste vier weken na de afwijzing van hun asielverzoek recht op opvang, hoewel zij op dat moment geen rechtmatig verblijf hebben en art. 10 Vw 2000 dus eigenlijk aan

opvang in de weg staat.³² Daarnaast hebben, op grond van een arrest van de Hoge Raad,³³ kinderen en de gezinnen waar ze deel van uitmaken recht op opvang. De Centrale Raad van Beroep vindt dat in individuele gevallen aanleiding kan bestaan tot doorbreking van het koppelingsbeginsel, met name in kwetsbare gevallen.³⁴ Bovendien biedt een aantal gemeenten noodopvang in weerwil van het koppelingsbeginsel. Tenslotte, en uit beleidsmatig oogpunt vrij spectaculair: na de ontruiming van het tentenkamp in Ter Apel heeft een flink deel van de asielzoekers buitenwettelijke opvang gekregen van de minister,³⁵ en dat is voortgezet door staatssecretaris Teeven. Als we ons afvragen wat het doel is van dit onderscheid tussen verschillende groepen vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf hebben we het moeilijk. Het gaat om een onderscheid zonder wettelijke grondslag,³⁶ een onderscheid zelfs dat het wettelijke koppelingsbeginsel schendt. Als we inhoudelijk kijken, zien we dat in een aantal gevallen de rechter het onthouden van opvang op humanitaire gronden onhoudbaar vindt. Dat wordt vorm gegeven via art. 8 EVRM en vergelijkbare normen, maar het is de humanitaire noodsituatie waar het onthouden van opvang toe leidt die de doorslag geeft. De humanitaire situatie lijkt me wel een legitiem doel. Het beschermen van zwakken lijkt me onderdeel van onze publieke moraal, de *protection of morals*, en die wordt dus gediend door opvang te verlenen aan mensen bij wie het onthouden van opvang tot een situatie zou leiden die uit humanitair oogpunt niet aanvaardbaar is. Het is dus gerechtvaardigd om een onderscheid te maken tussen verschillende groepen illegalen al naar gelang hun humanitaire situatie. Maar dat is niet het onderscheid dat wordt gemaakt. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens overwoog in *M.S.S. vs. België en Griekenland*³⁷ dat asielzoekers als kwetsbare personen moeten worden aangemerkt, voor wie staten een bijzondere verantwoordelijkheid hebben. Die kwetsbaarheid kenmerkt ook de protesterende vluchtelingen. De afwijzing van hun asielverzoek heeft niet als gevolg dat asielzoekers plotseling niet meer uit gebieden van oorlog of etnische zuivering komen. Het zijn veelal getraumatiseerde mensen; en de manier waarop ze hier behandeld worden brengt hen een nieuw, een extra trauma toe.³⁸ Kortom: onderscheid maken tussen verschillende groepen illegalen op grond van hun humanitaire situatie lijkt me te rechtvaardigen. Maar dat is niet het onderscheid dat nu gemaakt wordt.

Samenvattend: onderscheid bij het toekennen van sociaal-economische grondrechten naar verblijfsstatus lijkt me, met pijn in het hart, in juridische zin gerechtvaardigd. De vraag is hoe ver dat onderscheid kan gaan. De vrijwel totale uitsluiting van mensen zonder verblijfsrecht gaat te ver. Er wordt nu al een nader onderscheid gemaakt tussen verschillende groepen mensen zonder verblijfsrecht, dat verband houdt met de kwetsbaarheid van de vreemdelingen om wie het gaat. Maar het onderscheid zoals het nu gemaakt wordt is ongeschikt om het legitieme doel (opvang in die gevallen waarin geen opvang tot een humanitaire noodsituatie leidt) te bereiken. Bovendien is het onderscheid niet proportioneel.³⁹ Vreemdelingen die niet uitgezet kunnen of mogen worden, komen in een humanitaire noodsituatie te verkeren als die toestand enige tijd duurt. Waar het gaat om vreemdelingen die niet uitgezet mogen of kunnen worden (de hierboven genoemde groepen 1 en 2), lijkt het me dat ongelijke behandeling in vergelijking met andere niet uitzetbaren die zich in Nederland bevinden (zoals Nederlanders en vreemdelingen met een verblijfsrecht) niet gerechtvaardigd is. Waar het gaat om de firma list & bedrog (groep 4) acht ik ongelijke behandeling wel gerechtvaardigd, omdat hun niet-verwijderbaarheid het gevolg is van oneigenlijk gedrag. Waar het gaat om de derde groep (verwijderbaar mits zij, in strijd met de waarheid, verklaren dat zij vrijwillig terug gaan) kan ik me indenken dat de overheid vindt dat van hen verlangd kan worden dat zij de verklaring van vrijwilligheid afleggen. Toch acht ik ongelijke behandeling voorshands niet gerechtvaardigd. Ten eerste omdat het conceptueel wel erg krom is: toepassing van bestuursdwang die afhankelijk is van instemming van het voorwerp van bestuursdwang; een overheid die van een rechtssubject vergt te liegen. Ten tweede omdat er met de landen van herkomst waar het

Als de Nederlandse overheid geen zin meer heeft om zich aan het Nederlandse en Europese asielrecht te houden, dan zijn we uitgepraat

29. Zie hierover Pieter Boeles: 'Europese burgers en derdelanders: wat betekent het verbod van discriminatie naar nationaliteit sinds Amsterdam?' *SEW* 2005, p. 500-513; en zijn noot bij EHRM 18 februari 2009, *JV* 2009/165, *Andrejeva vs. Letland*, noot Boeles.

30. Daar merk ik bij op dat de zeer zwaarwegende redenen-toets in *Gayguzuz* verband lijkt te houden met het feit dat het hier om onderscheid naar *uitsluitend* nationaliteit lijkt te gaan. *Gayguzuz* had een verblijfsvergunning in Oostenrijk die hem aanspraak gaf op langdurig verblijf, en hij woonde al heel lang in Oostenrijk. Zie Lie-

neke Slingenberg en Karin de Vries: *Citizens' or residents' rights? Territoriality and Legal status in the Article 14 case law of the ECtHR*, paper voor het vijfde VU Migration Law Seminar, Bergen aan Zee, 29 en 30 januari 2013.

31. Art. 3 Vierde Protocol bij het EVRM.

32. Lieneke Slingenberg: *Kroniek Opvang, Asiel & Migrantenrecht* 2012, p. 347-357, op p. 352.

33. HR 21 september 2012, *JV* 2012/458, noot Slingenberg.

34. Onder meer CRvB 19 april 2010, *JV* 2010/291, noot Minderhoud; CRvB 29 juni 2011, *RV* 2011, 90, noot Slingenberg;

CRvB 18 april 2012, *LJN* BW3240.

35. *Kamerstukken II* 2011/12, 19 637, nr. 1536: 260 tentenkampers die vrijwillig hun tenten opakten kregen opvang, en 110 mensen die bij de ontruiming van het tentenkamp werden staande gehouden. Zie daarover ook Rb. 's-Gravenhage 28 augustus 2012, *JV* 2012/422; Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 2012, *JV* 2013/56, noot Spijkerboer.

36. Althans: het gaat om een onderscheid dat in strijd is met art. 10 Vw 2000, en wat voor wettelijke grondslag moet doorgaan (art. 6:162 BW bij de Hoge Raad en internationaal recht bij de Centrale Raad van Beroep), is een evidente noodgreep.

37. EHRM 21 januari 2011. Appl.No.

30696/09, *M.S.S. vs. België en Griekenland*.

38. C.J. Laban: *Dutch Study Iraqi Asylum Seekers. Impact of a long asylum procedure on health and health related dimensions among Iraqi asylum seekers in the Netherlands. An epidemiological study*, dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, 2010.

39. Merk op dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in *Bah* veel belang hechtte aan het feit dat Bah en haar zoon nooit feitelijk op straat hadden gestaan, EHRM 27 September 2011, appl.no. 56328/07, *Bah vs. VK*.

om gaat vaak wel iets aan de hand is – neem Irak. Het lijkt me nodig om ook voor andere landen meer inzicht te krijgen in de redenen waarom landen alleen bereid zijn reisdocumenten af te geven voor mensen waarvan ze erkennen dat het hun onderdanen zijn, als die verklaren dat zij vrijwillig terug gaan.

Slot

Staten mogen onderscheid maken naar nationaliteit waar het gaat om de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Een aantal uitgeprocedeerde asielzoekers kan echter niet worden uitgezet. Sommigen omdat dat niet mag (Somaliërs). Anderen omdat hun land van herkomst ze niet wil terugnemen. Het gaat daarbij vaak om groepen die voorwerp zijn van lichtere of zwaardere vormen van etnische zuivering, soms om landen die sowieso niet meewerken aan terugkeer. En nog weer andere landen werken alleen mee aan terugkeer als de vreemdeling zelf echt terug wil. Van al deze groepen kan worden vastgesteld dat ze in Nederland klem zitten. Ik reken daar ook de laatste groep toe; als iemand daar anders over denkt kan ik de redenering wel volgen, maar ik geef meer gewicht aan het gegeven dat deze mensen vast zit tussen de beleidslogica's van twee landen.

Maar plus of min die laatste groep: een flinke groep uitgeprocedeerde asielzoekers zit in Nederland klem. Valen zij, nu uitzetting niet tot de mogelijkheden behoort, wel onder het gelijkheidsbeginsel? Er kon immers alleen een uitzondering worden gemaakt op gelijke behandeling ongeacht nationaliteit als het ging om toelating en uitzetting? De afgelopen decennia hebben we in Nederland de invoering van het koppelingsbeginsel gezien. Dat betekent dat veel meer beleidsterreinen als onderdeel van, of ondergeschikt aan het vreemdelingenrecht worden beschouwd. De mogelijkheid van ongelijke behandeling van vreemdelingen in art. 2 Gw en de jurisprudentie van het EHRM betreft de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Maar omdat sociale zekerheid, arbeid, gezondheidszorg, huisvesting, het openen van een bankrekening en de aanschaf van een OV-abonnement ook worden beschouwd als verband houdend met toelating en uitzetting, zijn we ongelijke behandeling op die punten ook als gerechtvaardigd gaan beschouwen. Het concept van burgerschap is zo kneedbaar dat het die mogelijkheid ook biedt. Maar Walzer's opvatting over samengestelde gelijkheid (ongelijkheid binnen een sfeer kan alleen gelegitiemeerd worden op grond van argumenten die aan die sfeer ontleend zijn) laat zien dat het vrijwel volledig laten samenvallen van de sfeer van lidmaatschap met de sfeer van basale bestaansvoorwaarden (zoals het Nederlandse koppelingsbeginsel doet) niet te rechtvaardigen is. Vervolgens ben ik met deze bagage opnieuw naar het gelijk-

heidsbeginsel gaan kijken. Onderscheid naar verblijfsstatus op het punt van fundamentele levensbehoeften lijkt me in juridische zin gerechtvaardigd, al gaat de Nederlandse wetgeving daarin te ver. Het onderscheid dat men nu begint te maken tussen verschillende groepen vreemdelingen zonder verblijfsstatus vanwege de humanitaire noodsituatie waarin ze zonder opvang komen te verkeren, is gerechtvaardigd, en is bovendien noodzakelijk om het onderscheid naar verblijfsstatus te rechtvaardigen. Maar dat onderscheid moet dan goed worden gemaakt. Dat gebeurt nu niet, omdat het onderscheid stukje bij beetje bij de rechter moet worden afgedwongen, en dat levert een lappendekentje van beperkte omvang op. Ik heb suggesties gedaan voor hoe dat beter kan.

De casus van de Somaliërs in 2012 ligt me zwaar op de maag. Als de Nederlandse overheid geen zin meer heeft om zich aan het Nederlandse en Europese asielrecht te houden, dan zijn we uitgepraat. Tentenkampen, moskeeën en kerken die dat steunen, en gemeentes die noodopvang faciliteren lijken me volstrekt proportionele reacties op dit onrechtmatige beleid. Dat geldt, al ligt het daar subtieler, ook voor het onthouden van sociaal-economische grondrechten aan andere niet verwijderbare asielzoekers.

Tot slot het verwijt dat deze vormen van burgerlijke en bestuurlijke ongehoorzaamheid onzuiver zijn, omdat ze de vluchtelingen valse hoop zouden bieden. In 2008 zei Barack Obama: 'We've been warned against offering the people of this nation false hope. But in the unlikely story that is America, there has never been anything false about hope.'⁴⁰ De actievoerende vluchtelingen leggen zich er niet bij neer dat zij uitgesloten worden van de mogelijkheid om zelf in hun basale bestaansvoorwaarden te voorzien. En inderdaad: daarvoor is hoop, eigenlijk vaak: de moed der wanhoop, nodig. Sinds wanneer is hoop vals? De mensen die dat beweren kiezen hun doelwit op een merkwaardige wijze. Ze hebben kennelijk liever dat vluchtelingen die op straat leven zich *niet* verenigen, dat de problemen die zij hebben *niet* zichtbaar worden gemaakt. Ze vinden het falen van het asielbeleid waar de actievoerders de vinger op leggen kennelijk minder erg dan het zichtbaar maken zelf. Het zichtbaar maken van dat probleem, met de hoop die daar mee samengaat, zijn onderdeel van de oplossing. Het gelijkheidsbeginsel, die dure belofte die als vlag vooraan de Grondwet geplant is, biedt hoop. En – om nog maar eens een zwarte Amerikaan te citeren – wat ons te doen staat is die hoop levend te houden. •

⁴⁰. New York Times 8 januari 2008, http://www.nytimes.com/2008/01/08/us/politics/08text-obama.html?pagewanted=all&_r=0, bezocht 16 maart 2013.

Wie zijn wij?

Ernst Hirsch Ballin¹

De relevantie van art. 1 van de Grondwet is gelegen in het fundamentele karakter van gelijke behandeling: onderscheid behoeft een rechtvaardiging die niet afdoet aan ieders persoonlijke waardigheid. Dat geldt zowel voor de besluiten inzake toelating als die inzake voorzieningen en dan met name de mate waarin ze een niet te beperken mensenrecht zijn, ongeacht verblijfstitels.

De Artikel 1-lezing van Thomas Spijkerboer is zowel doordacht als doorleefd. Hij kent het vreemdelingenrecht door en door, maar is ook vertrouwd met de ervaringen van degenen voor wie de rechtsvragen rond het gelijkheidsbeginsel existentiële vragen zijn. 'Wij zijn hier' is de titel van zijn lezing. Het zijn de woorden van degenen die hier verblijven, maar geen verblijfstitel hebben. Politieke betogen over het vreemdelingenbeleid worden ook vaak in de wij-vorm gevoerd, maar dan met de strekking dat zij die als immigranten hierheen zijn gekomen niet – of niet allemaal – bij 'ons' horen.

Het gebruik van het woord 'wij' in het politieke discours spreekt vaak boekdelen: het is de moeite waard daarop te letten. Zijn 'wij' alleen degenen die beslissen over de vragen van recht en beleid als burgers van dit land, oftewel – met een woord dat politiek in de mode is geraakt – 'de belastingbetalers'? Zijn 'wij' enkel degenen die als geboren Nederlanders zeggen dat anderen hier welkom zijn of juist niet? Of zijn 'wij' toch echt alle burgers, misschien zelfs alle inwoners? Zijn 'wij' ook 'wij de Europese burgers', die een belangengemeenschap vormen? De Artikel 1-lezing van Thomas Spijkerboer beziet juridische vragen óók vanuit het gezichtspunt van de mensen die hier langdurig zonder verblijfstitel verblijven en hij brengt dat krachtig in de titel van zijn inleiding tot uitdrukking: 'Wij zijn hier'.

De vraag wie het 'commonwealth' vormen dat zich als een politieke en juridische gemeenschap constitueert en manifesteert, is de mensenrechtelijke vraag die aan het migratierecht ten grondslag ligt. Het is een vraag die ook mij op allerlei manieren heeft beziggehouden en bezighoudt. De beantwoording ervan vereist dat we ons rekenschap geven van de ontwikkeling die de samenleving doormaakt. We leven in een wereld die altijd al gekenmerkt werd door migratie, en die juist in deze tijd steeds meer bepaald wordt door het fenomeen dat mensen *on the move* zijn, niet meer alleen in één richting ('Out of Africa' bijvoorbeeld, in de begintijd van de mensheid) maar heen en weer, in een dynamische verbondenheid met gemeenschappen die steeds minder goed enkelvoudig kan worden bepaald. Die illusie van het negentiende-eeuwse nationalisme leeft hier en daar nog in politieke standpunten door, maar is onhoudbaar gebleken en de resultaten ervan waren vaak onmenselijk. Voor mij was dit inzicht de reden waarom ik in mijn

Amsterdamse intreerede en in een binnenkort te verschijnen monografie over 'Citizens' rights and the right to be a citizen' een ontbrekende schakel in de bescherming van de rechten van de mens heb geïdentificeerd. De erkenning van mensenrechten schiet tekort, als mensen niet worden erkend in de fundamentele constitutionele hoedanigheid van *burger*.²

De erkenning van mensenrechten schiet tekort als mensen niet worden erkend in de fundamentele constitutionele hoedanigheid van burger

Het migratierecht moet onderscheid maken, naar gelang van verblijfsgrond en verblijfstitel, maar – zoals ik op 21 februari 2013 in een andere lezing zei over de ontwikkelingen sinds de val van de Berlijnse muur: 'More than ever before, people were able to escape from a destiny that had been fixed for generations and they started to move from rural areas to the cities, either within their own country or to other countries and continents. International migration was sometimes an escape from violence and prosecution, sometimes from hunger and poverty, and sometimes the result of a well-prepared decision by parents prepared to make tremendous efforts in the interest of their children's future. Migration laws give the impression that these motives

Auteur

1. Prof. dr. Ernst M.H. Hirsch Ballin is hoogleraar rechten van de mens aan de Universiteit van Amsterdam en hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht aan Tilburg University. Dit is de tekst van het coreferaat zoals uitgesproken na de hier-

voor afgedrukte Artikel 1 lezing van Thomas Spijkerboer.

Noten

2. Ernst Hirsch Ballin, *Citizens' Rights and the Right to be a Citizen*, te verschijnen bij Brill in 2013.

can be separated out, but the human reality tells a very different story.³

In het internationale recht is het recht om te bepalen welke 'vreemdelingen' tot een staat worden toegelaten en wie het staatsburgerschap verkrijgen tot op heden door de meeste auteurs opgevat als een (bijna) absoluut 'soevereine' bevoegdheid van de staat. Dat is het onderwerp van de recente dissertatie van Lieneke Slingenberg, *Between sovereignty and equality*.⁴ In een al evenzeer (bijna) absolute opvatting van kosmopolitisme mag een staat daarentegen niemand het recht ontzeggen zich in een andere staat te vestigen en van die andere gemeenschap deel te gaan uitmaken. In een recent boekje (OUP 2011) discussiëren Wellman en Cole over de vraag 'Is there a right to exclude?'⁵ Thomas Spijkerboer wijst de opvatting dat iedereen zich overal vrijelijk moet kunnen vestigen af: zonder meer open grenzen leiden tot een onbeheersbare situatie, maar evenzeer verwerpt hij de botte verwijzing naar de staatssoevereiniteit in een gedateerd arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).⁶ Spijkerboer beantwoordt deze fundamentele vraag, mijns inziens terecht, niet met een simpel ja of nee.

Het is deze vraag die ik juridisch heb geformuleerd als de vraag naar een recht op burgerschap (*the right to be*

Wat is er nodig om de kloof tussen afwijzing en vertrek op een humane en rechtmatige wijze zoveel mogelijk te dichten?

a citizen). Zo'n recht kan niet eenzijdig worden opgevat. Het behoren tot een gemeenschap is een wederkerige band. De vaststelling – het besluit – wie in een politieke en rechtsgemeenschap worden opgenomen, is een staats-taak, maar Spijkerboer laat zien dat dit geen daad van soevereine willekeur mag zijn. Bij dit punt wil ik tentatief verkennen – en hopelijk zo ook tot verduidelijking bijdragen – wat in de opvatting van de inleider uiteindelijk maatgevend zal zijn. Soms lijkt het alsof hij art. 1 van de Grondwet zonder meer van toepassing acht op degenen die hier illegaal zijn, op andere momenten geeft hij er blijk van een nadere beoordeling nodig te achten.

De passage in Spijkerboers lezing over de vraag of de betrokkenen inderdaad 'de oplossing toch zelf in de hand hebben', is, als ik het goed zie, het scharnierpunt in het betoog van Spijkerboer. Hij wijst de quasi-rechtlijnige opvatting af dat het hier blijven in beginsel mag worden aangemerkt als de vrije keuze van de betrokkenen, zodat de gevolgen van de 'koppeling' hun verantwoordelijkheid zijn. In veel – naar zijn inschatting veruit de meeste gevallen – is het hier blijven in zijn ogen niet verwijtbaar. Ik laat de praktische vraag of het beperkte aantal van degenen die hier – in de woorden van Spijkerboer – met 'list of bedrog' blijven, niet minstens mede te danken is aan de koppeling. Maar afgezien daarvan, betekent het ontbreken

van verwijtbaarheid dat de koppeling een nodeloos rechten aantastende maatregel is en dus van de baan moet? Of moet de conclusie zijn dat de procedures tekortschieten en dat deze mensen een verblijfstitel hadden behoren te krijgen?

Spijkerboer gelezen en gehoord hebbende, begrijp ik dat hij het laatste bedoelt – op goede gronden. De blijven-de aanwezigheid van mensen wier vertrek niet kan worden afgedwongen of zelfs redelijkerwijs niet kan worden verlangd, wijst erop dat er iets schort aan de wijze waarop de besluitvorming is ingericht. Tegelijk echter moeten we onderkennen dat een stelsel van verblijfsvergunningen betekenis verliest wanneer de afwijzing niet wordt geëffectueerd en een slag in de lucht wordt wanneer de illegaal verblijf houdende vreemdeling desalniettemin gelijke rechten heeft. De 'aanzuigende werking' van humaan vreemdelingenbeleid wordt in de politiek vaak schromelijk overdreven, maar *de facto* open grenzen zijn wel wat anders. Als de procedures goed zijn ingericht en tot overtuigende resultaten leiden, moet het sluitstuk daarvan zijn dat een onherroepelijke afwijzing door terugkeer wordt gevolgd en dat de staat van herkomst moet worden aangesproken op de verplichting eigen staatsburgers toe te laten.⁷ Zo'n stelsel van internationale bescherming zal niet alleen veranderingen vereisen in landen van herkomst, maar vergt ook beleid gericht op beter functionerende internationale arbeidsmigratie, waaronder de door het vorige kabinet stiefmoederlijk behandelde verkenningen van circulaire migratie.⁸ Ik laat deze onderwerpen in het beperkte kader van mijn coreferaat echter rusten, maar naast situaties waarin iemand kan terugkeren maar niet wil, zijn er allerlei omstandigheden waarin het omgekeerde het geval is (waaronder het ontbreken bij de staat van herkomst van de bereidheid om het staatsburgerschap te erkennen of om een veilige terugkeer mogelijk te maken). De positie van mensen die *de facto* staatloos zijn is niet minder benard dan van degenen die *de jure* geen nationaliteit bezitten.⁹

Dat mensen hier verblijven, zeker als dat kinderen en andere kwetsbare mensen zijn, van wie enerzijds het vertrek niet kan worden afgedwongen, maar die anderzijds worden uitgesloten van de voorzieningen die mensen redelijkerwijs nodig hebben, leidt keer op keer tot – soms ondraaglijke – spanningen. Als ik met Spijkerboer meedenk, draait het *juridisch* gezien om de verhouding tussen het besluit over de verblijfsvergunning en de verplichting bij weigering daarvan te vertrekken. Het systeem van de Vreemdelingenwet 2000 is dat dit twee kanten van dezelfde medaille zijn, behoudens de mogelijkheid dat er valide nieuwe argumenten zijn om bij nader inzien anders te beslissen over de verblijfstitel – waarna de vertrekplicht weer vervalt. De spanningen die sinds 2001 waren ontstaan, betroffen de kloof tussen het een en het ander, zowel qua tijd als qua validiteit en overtuigingskracht.

Spijkerboer bekritiseert de toepassing van dit wettelijke systeem op twee punten: de weigering van een verblijfstitel aan mensen die redelijkerwijs geen alternatief hebben dan hier te blijven, en het afdwingen van het aanvragen van een voor terugkeer benodigd document als de betrokken staat vrijwilligheid vereist. Dat tweede punt is echter minstens ook een verwijt aan de betrokken staat,

want eigen onderdanen dient een staat bij verwijdering uit een andere staat te accepteren. Ik moet daaraan wel toevoegen dat ook hier eisen van redelijkheid in twee richtingen werken: maakt de situatie in de terugnemende staat het aanvaardbaar regelingen voor terugname van eigen onderdanen te treffen en toe te passen?

De spanningen die sinds 2001 waren ontstaan betroffen de kloof tussen het een en het ander, zowel qua tijd als qua validiteit en overtuigingskracht. De kernvraag moet naar mijn oordeel dan ook zijn wat er nodig is om de kloof tussen afwijzing en vertrek op een humane en rechtmatige wijze zoveel mogelijk te dichten. Ik noemde al de internationale dimensie, maar het moet hier eerst en vooral om het Nederlandse beleid en de Europese kaders daarvan gaan.

Het betoog van Thomas Spijkerboer komt er dus, als ik hem goed begrijp, niet op neer dat de afgewezen asielzoeker – of breder: de afgewezen aanvrager van een verblijfsvergunning of niet-aanvrager – zelf kan beslissen of hij al dan niet zal vertrekken. Maar wel kritiseert hij de ontoereikendheid van de asielprocedure en de rechtsbescherming daartegen en vindt hij daarom de uitsluiting van voorzieningen ongerechtvaardigd. Michael Walzers onderscheiding van *spheres of justice* veronderstelt dat mensen tot dezelfde rechtsgemeenschap behoren, maar geeft geen antwoord op de vraag of dit het geval is.¹⁰ De onderscheiding van *spheres of justice* leidt niet tot een keuzemenu van publiekrechtelijke betrokkenheid. De inconsistentie van de situatie voor de koppeling was in elk geval óók een oorzaak van problemen. Spijkerboer betoogt terecht dat het ene recht waarop de koppeling betrekking had, niet het andere is.

Herstel van de wederkerigheid is dus het kernpunt. Het is inderdaad juist de verlening en de weigering van de verblijfsvergunning die punt van kritiek en herstel van cohesie moet zijn. Pardonregeling en herziening asielprocedure waren daarop gericht en zijn in de eerdere kabinetsperiode conform de bedoelingen uitgevoerd, maar hebben niet voor alle langdurig in procedure verkerende personen een oplossing kunnen bieden door de – politiek destijds onvermijdelijke – afstand in de tijd tussen de peil-

datum van de pardonregeling (1 april 2001)¹¹ en de inwerkingtreding van de herziene asielprocedure (1 juli 2010).¹²

Het tijdsverloop van feitelijke integratie is een relevante factor in de maatschappelijke en juridische aanvaardbaarheid van een uiteindelijke verwijdering. Een verwijdering na feitelijke desintegratie uit het land van herkomst en integratie in Nederland past niet in beleid dat behalve strikt ook humaan wil zijn. De herziening van de Vreemdelingenwet die op 1 juli 2010 in werking is getreden, was er juist op gericht om in de eerste procedure tot een resultaat te komen dat redelijkerwijs verenigbaar is met de vertrekplicht.

In de memorie van toelichting¹³ bij wetsvoorstel 31 994 (de zojuist genoemde herziening van de asielprocedure) was uitdrukkelijk gesteld dat onder feiten en omstandigheden ook alsnog beschikbaar gekomen feitelijke informatie wordt begrepen, maar de Afdeling bestuursrechtspraak heeft hieraan bij haar uitleg van het nieuwe art. 83 Vw 2000 weer afgedaan.¹⁴ Dat conflicteert met de bedoeling van de wetgever, alle factoren die uiteindelijk bepalend zullen moeten zijn voor de vraag of de vreemdeling hier mag blijven, zoveel mogelijk bij de eerste beslissing en de rechtsgang te betrekken. Een te lange duur van de procedures en een te beperkt blikveld in deze procedures werken ongelukkigerwijs in de hand dat een kloof blijft bestaan tussen een eventuele afwijzing en terugkeer. Het gevolg daarvan is dat het perspectief op terugkeer vervaagt of zelfs onevenredig belastend wordt.

Dit doet af aan de overtuigingskracht van recht en beleid. De relevantie van art. 1 van de Grondwet is gelegen in het fundamentele karakter van gelijke behandeling: onderscheid behoeft een rechtvaardiging die niet afdoet aan ieders persoonlijke waardigheid. Dat geldt zowel voor de besluiten inzake toelating als die inzake voorzieningen en dan met name de mate waarin ze een niet te beperken mensenrecht zijn ongeacht verblijftitels. Op het terrein van het vreemdelingenbeleid vergt dit een blikveld dat verder reikt dan Lobith, waar de Batavieren volgens de Nederlandse nationale mythologie als immigranten het land binnenkwamen dat wij het onze noemen. •

3. Ernst Hirsch Ballin, *Christianity and the Future of Christian Democracy. Salting Politics with Compassion*, 3rd Annual 'Christianity and Society Lecture', 21 February 2013 at Tilburg University, <http://www.tilburguniversity.edu/education/masters-programmes/christianity-and-society/information/annuallecture2013.pdf>, p. 29-30.

4. Lienke Slingenberg, *Between Sovereignty and Equality. The Reception of Asylum Seekers under International Law*, Proefschrift VU, Migration Law Series 11, 2012, te verschijnen bij Hart Publishing in 2013.

5. Christopher Heath Wellman and Phillip Cole, *Debating the Ethics of Immigration: Is There a Right to Exclude?*, Oxford/New York: Oxford University Press 2011.

6. EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80; 9473/81; 9474/81 (*Abdulaziz e.a. vs. het Verenigd Koninkrijk*).

7. Art. 12, vierde lid, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, en art. 3, tweede lid, van het Vierde Protocol bij het EVRM.

8. Melissa Siegel en Vivianne van der Vorst, *Evaluation of the 'Blue Birds' Circular Evaluation of the 'Blue Birds' in the Netherlands, Commissioned by the Dutch Ministry of Foreign Affairs*, Maastricht: Maastricht University 2011, p. 37.

9. Zie over staatloosheid Laura van Waas, *Nationality Matters. Statelessness under International Law*, Cambridge: Intersentia 2008.

10. Michael Walzer, *Spheres of Justice: a Defence of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books 1983.

11. Zie de voorwaarden voor de verblijfsvergunning in Regeling Afwikkeling Nalatenschap Oude Vreemdelingenwet van 12 juni 2007, *Stcrt.* 13 juni 2007, nr. 111, p. 12.

12. Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Stb.* 2010, 202. De datum van inwerkingtreding is bepaald in het Besluit van 23 juni 2010 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure en vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet tot

wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Stb.* 2010, 244.

13. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 994, nr. 3, p. 5-6. Zie ook de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 994, nr. 6, § 2.6, en het verslag van het wetgevingsoverleg, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 994, nr. 25, p. 39.

14. Zie ABRvS 15 juli 2011, 201102129/1/V2, *LJN* BR3774, *JV* 2011/380, en ABRvS 27 december 2011, 201108202/1/V4, *LJN* BV0404, *JV* 2012/95 m.nt. T.P. Spijkerboer; H.E. Helmink, De omvang van de ex nunc toets in de Nederlandse asielprocedure, *A&MR* 2012 Nr. 05/06 – 291-303.

De door het recht bestuurd wereld is altijd virtueel geweest

Daar heeft de computer niets aan veranderd

Egbert Dommering¹

In dit artikel wordt de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *RuneScape* beschouwd vanuit de invalshoek van het begrip informatie en de betekenis daarvan in maatschappelijke en juridische processen, die naar hun aard altijd virtuele elementen hebben bevat. De stelling van de auteur is dat informatietechnologie scherper zichtbaar heeft gemaakt dat dit zo is, zodat we met nieuwe ogen naar een oude wereld kijken. De scheidslijn die computercriminaliteit met begrippen als materieel en immaterieel goed en 'gegevens' en 'goederen' heeft getrokken, heeft tot een toenemende verwarring geleid die de rechtszekerheid schaadt.

*'We live in a sea of institutional facts'*²

Inleiding en probleemstelling³

Een jaar geleden heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in een zaak waarin virtuele waarden in een computerspel met fysiek geweld werden ontvreemd. De Hoge Raad heeft dit delict gekwalificeerd als diefstal. Het gaat om de zaak *RuneScape*.⁴ Tegelijk met de *RuneScape*-zaak deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak van de diefstal van (mobiele) beltegoeden.⁵ Deze uitspraak zal ik mede in de analyse betrekken. De *RuneScape*-beslissing is kritisch ontvangen in het artikel van B.J. Koops in *Computerrecht*.⁶ Hij is het met dit arrest niet eens, omdat hij zich afvraagt wat nu eigenlijk de waarde van deze virtuele objecten is, omdat hij vindt dat er niet een goed wordt weggenomen, en omdat hij vindt dat de grens tussen gegevens die geen goederen zijn en gegevens die dat wel zijn, onduidelijk is. Ik ben het met zijn conclusies eens, maar volg een andere redenering dan de zijne. Koops meent dat de informatietechnologie de wereld heeft veranderd en dat daarom het verschil tussen cybercrime en klassieke crime moet worden opgeheven. Mijn invalshoek is steeds het begrip informatie geweest en de betekenis daarvan in maatschappelijke en juridische processen, die naar hun aard altijd virtuele elementen hebben bevat. Mijn stelling is dat informatietechnologie scherper zichtbaar heeft gemaakt dat dit zo is, zodat we met nieuwe ogen naar een oude

wereld kijken. Ik vind dat de scheidslijn die computercriminaliteit met begrippen als materieel en immaterieel goed en 'gegevens' en 'goederen' heeft getrokken, tot een toenemende verwarring heeft geleid die de rechtszekerheid schaadt.

Het gaat in deze om diefstal als onderdeel van de vermogensdelicten, waarvan de schade uiteindelijk in geld uitdrukbaar is (afgezien van allerlei emotionele schade die ook optreedt). De eerste vraag die ik daarom behandel is wat 'geld' is. De tweede vraag is wat het verschil is tussen een 'goed' en 'gegevens'. De derde vraag is hoe 'gegevens' zich tot 'informatie' verhouden, een vraag die, als ik het goed zie, doorgaans wordt overgeslagen. De vierde vraag is hoe virtuele goederen kunnen worden 'weggenomen'. De vijfde vraag is wat spelobjecten precies voor wezens zijn. Ten slotte stel ik de vraag of we met het Elektricitetsarrest wel de goede weg op zijn gegaan. Eerst zal ik ingaan op de 'goed' jurisprudentie, voor zover relevant voor mijn vraagstelling.

De arresten van de Hoge Raad vóór 2012 over 'goed' in de zin van art. 310 Sr

De *RuneScape*- en de *Beltegoeden*-zaak passen in een rij uitspraken over het begrip 'goed' dat begint met het *Elektricitetsarrest* uit de jaren twintig van de vorige eeuw.

In het *Elektriciteitsarrest* wordt het op bepaalde momenten uitzetten van de Elektriciteitsmeter, zodat er gratis energie wordt gebruikt, aangemerkt als het wegnemen van het goed elektriciteit van de elektriciteitsmaatschappij, omdat 'elektriciteit vatbaar is voor menselijke beheersing'.⁷ Het begrip 'materieel object' werd hier dus uitgebreid naar het subatomaire niveau van de energie van elektronen. Daarna komt het *Giraal geld-arrest*.⁸ Een geldsom in de vorm van giraal geld wordt als een 'goed' beschouwd dat verduisterd (art. 321 Sr) kan worden. Beslissend voor de Hoge Raad is de 'functie van geld' in het maatschappelijk verkeer. De objectvraag wordt hier dus vervangen door de 'functie in het maatschappelijk verkeer'. In een volgend arrest is een pincode geen goed omdat het gaat om een in de geest van een persoon opgeslagen cijfercombinatie.⁹ De redenering is dus dat een geestelijk object geen materieel goed is. Dan volgt het *Computergegevensarrest* waarin werd uitgemaakt dat computergegevens niet een goed zijn dat kan worden verduisterd. Het ging om een werknemer die diskettes waarop zich belangrijke data bevonden die aan het bedrijf toebehoorden, mee naar huis had genomen en gekopieerd.¹⁰ De Hoge Raad: *'Immers, van een "goed" als bedoeld in de genoemde wettelijke bepalingen moet als een wezenlijke eigenschap worden beschouwd dat degene die de feitelijke macht daarover heeft deze noodzakelijkerwijze verliest indien een ander zich de feitelijke macht erover verschaft.'* Hier wordt dus 'feitelijke beschikkingsmacht' het onderscheidend criterium gevonden.

In de *RuneScape-zaak* geef ik een iets uitvoeriger omschrijving van de feiten (ik neem de beschrijving van de relevante feiten over uit de Conclusie van de advocaat-generaal Hofstee):

'Het slachtoffer P, toen dertien jaar oud, speelde evenals verzoeker en diens medeverdachte het online computerspel RuneScape. Op 6 september 2007 was het slachtoffer op weg naar huis, toen verzoeker en zijn medeverdachte naast hem kwamen fietsen. Beiden wilden geld en items uit RuneScape van P. hebben. Nadat P. dat weigerde, werd hij door de andere twee bedreigd. Hoewel hij bang was, moest hij mee naar het huis van de medeverdachte. Daar werd P. te verstaan gegeven dat hij moest meewerken aan de overdracht van zijn coins en items. Toen hij hieraan geen gehoor gaf, werd hij door verzoeker en diens medeverdachte stevig toegetakeld. Hij werd tegen zijn hoofd en borstkas geslagen en geschopt, met messen bedreigd onder toevoeging van de woorden *'ik maak je dood'* en in een wurggreep genomen, waarbij verzoeker en zijn medeverdachte ook op de borstkas van P. gingen staan. Op deze wijze werd P. gedwongen zijn RuneScape-account te openen, waarna het tweetal de virtuele amulet en het virtuele masker naar het account van verzoeker overhevelde.'

En over de aard van dit wereldwijd zeer populaire spel ontleen ik aan de conclusie van de advocaat-generaal het volgende. Je kunt in een gratis variant en een betalende variant deelnemen. In de tweede versie zijn je kansen beter. De spelaanbieder Jagex Ltd. is 'heer en meester' over het spel; hij blijft eigenaar van alle accounts en spelobjecten die aan de spelers in gebruik worden gegeven. Het spel is een soort schatvinden in een virtuele middeleeuwse omgeving. In het spel kunnen punten verdiend worden die de vorm hebben van spelobjecten, zoals amuletten en maskers, waarvan de waarde wordt uitgedrukt in elektronische fiches (*gold coins*). Hoe meer *coins* je vergaart, hoe rijker en sterker je bent. Binnen het spel is er een beurs waarop de spelobjecten verhandeld kunnen worden. Wordt die waarde te hoog, dan grijpt Jagex in met een inflatiepolitiek door meer spelobjecten in het spel te brengen. Op Marktplaats en E-bay worden accounts en spelobjecten te koop aangeboden.

De Hoge Raad oordeelde (de advocaat-generaal volgende) dat het ging om de wederrechtelijke wegneming van een goed in de zin van art. 310 Sr is. Het is een 'goed' zegt de Hoge Raad in overweging 3.6.1:

'De virtuele aard van deze objecten staat op zichzelf niet eraan in de weg deze aan te merken als goed in de zin van art. 310 Sr, (...) mede in aanmerking genomen dat het Hof met betrekking tot deze objecten heeft vastgesteld dat *"voor aangever, verdachte en zijn medeverdachte hun in het spel opgebouwde bezittingen reële waarde hebben, die hen kan worden afgenomen"* en *"dat het hier gaat om in de loop van het spel ontstane waarden, die door inspanning en tijdsinvestering zijn verworven of zijn te verwerven"* en dat de aangever binnen het spel over die objecten *"de feitelijke en exclusieve heerschappij"* had en hij door het handelen van de verdachte en zijn mededader de beschikkingsmacht over deze objecten is verloren.'

'Op die laatste vaststellingen stuit ook de klacht af dat de onderhavige objecten door het Hof hadden moeten worden aangemerkt als 'gegevens' in de zin van art. 80quinquies Sr (*'Onder gegevens wordt verstaan iedere weergave van feiten, begrippen of instructies, op een over-eengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of geautomatiseerde werken'*). De enkele omstandigheid dat een object ook eigenschappen heeft van gegevens in de zin van art. 80quinquies Sr brengt niet mee dat dit object reeds daarom niet meer als goed in de zin van art. 310 Sr kan worden aangemerkt. Opmerking verdient daarbij dat zich gemakkelijk grensvallen kunnen voordoen, waarbij de desbetreffende niet-stoffelijke zaken zowel kenmerken van een goed als van gegevens vertonen. In een dergelijk geval is de kwalificatie sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de waardering daarvan door de rechter.

Auteur

1. Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

Noten

2. John Searle, *Making the Social World*, Oxford University Press 2010, hfdst. 5, p.90

3. Ik dank Constantijn Kelk, Joost Poort, Bart van der Sloot en Quinten Kroes voor waardevolle opmerkingen over een eerdere versie van deze tekst.

4. HR 31 januari 2012, NJ 2012, 536, m.nt. N. Keijzer.

5. HR 31 januari 2012, NJ 2012, 535, m.nt. N. Keijzer.

6. B.J. Koops, 'Virtuele en reële delicten. Een beschouwing over het RuneScape-arrest en computercriminaliteitswetgeving', in: *Computerrecht* (1), februari 2013, p. 14-22. Zie ook Y. Moszkowicz, 'Een kritische noot bij de 'RuneScape' en 'Habbohotel' uitspraken: illusie is geen goed,' in: *Stratblad* 2009, p. 495.

7. HR 23 mei 1921, NJ 1921, p. 564 e.v. m.nt. Taverne.

8. HR 11 mei 1982, NJ 1982, 583, m.nt. 't Hart.

9. HR 13 juni 1995, NJ 1995, 653.

10. HR 3 december 1996, NJ 1997, 574.

In het licht van de vaststellingen van het Hof dat de aangever binnen het spel over het virtuele amulet en masker “de feitelijke en exclusieve heerschappij” had en hij door het handelen van de verdachte en zijn mededader de beschikkingsmacht over deze objecten is verloren, geeft het oordeel van het Hof geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent art. 310 Sr en is dat oordeel niet onbegrijpelijk.

In de *Beltegoeden*zaak gaat het over het stelen van beltegoeden op een mobiel nummer. De advocaat-generaal Machielse oordeelde dat deze geen goed zijn, omdat het gaat om stelen van tijd:

“De tijd is daarmee niet ineens weg”, aldus Machielse. En: “Hoewel tijd een schaars goed is, kan bezwaarlijk worden volgehouden dat tijd ook een goed is in de zin van art. 310 Sr.”

De Raad overweegt echter:

‘Het Hof heeft de in de tenlastelegging gebruikte termen belminuten en sms-berichten klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk verstaan in de economische betekenis die daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend, te weten als gebruikseenheid om de daarmee aangeduide vormen van telecommunicatiedienstverlening te kunnen kwantificeren en in rekening te kunnen brengen.’

Gelet hierop en in aanmerking genomen de functie die belminuten en sms-berichten in deze economische betekenis in het maatschappelijk verkeer vervullen, geeft het oordeel van het Hof dat de verdachte door zijn handelen met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening deze aan een ander toebehorende belminuten en sms-berichten zich heeft toegeëigend en dat deze belminuten en sms-berichten beide kunnen worden aangemerkt als een goed in de zin van art. 310 Sr, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dat oordeel toereikend gemotiveerd.

In de *RuneScape*-zaak wordt dus een objectbenadering gevolgd en het begrip feitelijke heerschappij gebruikt, hetgeen past in de lijn van het *Elektriciteits*-arrest, en wordt aan in het spel opgebouwde bezittingen reële waarde toegekend. De begrippen ‘gegeven’ en ‘goed’ worden tot een feitelijke categorie gemaakt: objecten zijn soms meer ‘gegeven’ en soms meer ‘goed’ en wat het geval

De begrippen ‘gegeven’ en ‘goed’ worden tot een feitelijke categorie gemaakt: objecten zijn soms meer ‘gegeven’ en soms meer ‘goed’

is moet de feitelijke rechter maar uitmaken. In de *Beltegoeden*-zaak wordt weer teruggегреpen (in afwijking dus van de objectbenadering van de advocaat-generaal) op de ‘maatschappelijke functie’. De Hoge Raad vindt het echter nodig ambtshalve aan te knopen bij art. 326c (een ‘gege-

vens’ delict) dat het met een technische ingreep gebruik maken van telecommunicatiediensten zonder (volledige) betaling strafbaar stelt.

Wat is geld?

Oud geld en de betaling daarvan

Laten we eerst eens beginnen met de vraag wat er gebeurt als ik iemands portefeuille die bol staat van bankbiljetten rol, een diefstal die tot de veilige oude wereld van de materiële objecten behoort.

De Amerikaanse filosoof John Searle, uit de school van de Engelse filosoof Austin die een scherp onderscheid maakt tussen kennisoordelen over de natuurlijke werkelijkheid (‘Ik zie een vogel’) en ‘performatieve’ oordelen die de rechtswerkelijkheid vormen (‘Ik beloof u de schuld morgen te zullen terugbetalen’), heeft twee boeken geschreven waarin hij op overtuigende wijze uitlegt dat de sociale werkelijkheid een taalkundige constructie van *performative language* is die berust op wat hij ‘institutionele feiten’ noemt. Deze instituties hebben een ‘declaratieve functie’, waardoor sociale in een symbolische taal gevatte functies normatieve betekenis hebben. Daardoor zetten wij boven op de wereld van wat hij noemt de ‘brute feiten’ (de wereld van atomen) een sociale wereld. Zijn grote voorbeeld in zijn eerste boek *The Construction of Social Reality*¹¹ is geld. Omdat wij een institutie (de centrale bank) hebben die statusfuncties kan verlenen aan bankbiljetten, is goud en zilver (waar het ging om de waarde van het ‘materiaal’) geleidelijk aan vervangen door papieren geld en daarna door girale banktegoeden. De geldcrisis die wij in de VS en Europa hebben is in wezen een crisis van de instituties. Grote banken mogen niet klappen omdat dan het geld eenvoudig ‘weg’ is, omdat de statusverlenende functie van banken is weggefallen. Papieren geld heeft dus een geldige status, omdat het afkomstig is van de centrale bank (daarom wordt een biljet van € 50 in een winkel door een apparaatje gehaald om te kijken of het ‘echt’ is) en giraal geld heeft een geldige status omdat het tegoed wordt aangehouden door een ‘erkende’ bank ten behoeve van een klant met wie zij een rechtsgeldige bankovereenkomst heeft.

Als ik dus een bankbiljet steel, steel ik geen papier (het goed: de atomen) en ook geen cijfers (gegevens: wat op het papier staat gedrukt), maar een biljet dat in de wereld van de institutionele feiten een status heeft, die is af te lezen aan de authenticiteit van een door een apparaatje gecontroleerd watermerk, en een nominale waarde heeft op grond van het cijfer dat zich op het biljet bevindt en dat de erkende centrale bank daarop heeft laten drukken. Als ik giraal geld steel, steel ik geen elektronen of bits op een computerschijf, maar bewerk ik een overheveling van een statuswaarde van de ene erkende elektronische beschikkingseenheid (de rekening) naar de ander.

Nieuwer geld en de betaling daarvan

De IC-technologie heeft het mogelijk gemaakt een gemeten tijdseenheid per gebruik af te rekenen. Dit zijn de ‘gesprekstikken’ die we uit de oude telefonie kennen. In de nieuwe technologie van het internettijdperk kan dit ook gaan om de ‘apps’ op de smartphone. Via een mobiel netwerk maakt de smartphone verbinding met een dienstverlener die via het net in een gemeten tijdseen-

heid een dienst gaat aanbieden. Een bekend voorbeeld is betaald parkeren via de smartphone. In wezen is dat een dienst gekoppeld aan een creditcardsysteem. De dienstverlener krijgt toegang tot de bankrekening van de klant die de dienst aanroept, waarvan naar rato van het gebruik van de dienst een saldo wordt afgeboekt. De dienstverlener boekt dat bedrag over op de organisatie die de parkeerplaatsen verhuurt. Bij mobiele gespreks- of sms-technologie kan de klant ook vooraf een beltegoed inkopen, waarop per gemeten tijdseenheid geld wordt afgeschreven tot het tegoed op is en dan moet de klant eerst een nieuw tegoed kopen of een abonnement sluiten als hij wil telefoneren of sms-en. In beide gevallen steelt de dief de gebruiksmogelijkheid van de dienst, omdat het gebruik wordt betaald uit een giraal tegoed dat niet aan hem toebehoort.

Vanuit de huidige digitale (tele)metrie terugkijkend naar de casus van de elektriciteitsdiefstal in de jaren twintig van de vorige eeuw door middel van manipulatie van de elektriciteitsmeter, zien wij dat het niet zozeer gaat om het stelen van energie, maar om de frustratie van de mogelijkheid het gebruik daarvan te meten. Eigenlijk werden er tikken in de elektriciteitsmeter gestolen. De diefstal van elektrische energie is naar mijn mening – ook in klassiek strafrechtelijke zin – altijd problematisch geweest omdat elektriciteit als subatomair goed moeilijk valt te individualiseren. De spanning die in de elektriciteitsdraad wordt opgebouwd staat namelijk ter feitelijke beschikking van iedere abonnee die op de draad is aangesloten. Het is niet zo dat als ik het licht aan doe er ineens een portie elektronen in die draad ‘van mij’ is geworden.

Het kopen van tijdseenheden, gekoppeld aan een giraal afrekeningsysteem, is een nieuwere vorm van betalen. Omdat het uiteindelijk in een wettig betaalmiddel wordt uitgedrukt, is het nog gekoppeld aan een systeem van institutionele feiten in de zin van Searle. Bij de nieuwste vorm die er aan komt is dat (nog) niet het geval. Het gaat om verstrekken van een ‘gratis’ elektronische dienst (gratis omdat er bij de gebruiker nergens een zichtbaar girale betaling plaatsvindt) in ruil (meestal niet of slechts gedeeltelijk zichtbaar) van persoonsgegevens die inzicht geven in de plaats waar de klant zich bevindt, zijn eigenschappen en zijn gedrag. Die informatie is geld waard, omdat het met behulp daarvan mogelijk is gepersonaliseerde reclameboodschappen op de afnemer van de dienst af te brengen. Dit gebied is nog in ontwikkeling, maar ik verwacht dat het niet lang zal duren of de strafrechter wordt geconfronteerd met zaken over de diefstal van verzamelingen van persoonsprofielen, die steeds meer geld waard zullen worden.¹²

Schaduwgeld

In (sub)culturele gemeenschappen en ontwikkelings-economieën bestaan vormen van geld naast het ‘wettige betaalmiddel’ (zo kent Cuba twee vormen van geld: goed-

kope pesos voor inwoners, en dure pesos voor buitenlanders). In dit verband introduceert het BW in art. 6:112 het begrip ‘gangbaar’ geld. Dat kan soms wettig betaalmiddel vervangend geld zijn, maar dan moet het wel als geld in de samenleving gangbaar zijn. Ik noem het schaduwgeld.

Een digitale vorm van schaduwgeld is de zogenoemde *Bitcoin*, een geheel met internet verbonden geld dat als contant betaalmiddel voor internetdiensten kan worden aangewend. Het is softwarematig zo geconstrueerd dat

Het zal niet lang duren of de strafrechter wordt geconfronteerd met zaken over de diefstal van verzamelingen persoonsprofielen

een bitcoin maar één keer kan worden uitgegeven. Er bestaat ook een ‘koers’ tussen de bitcoins en officieel geld.¹³ Het is zelf geen officieel geld, omdat er geen bank aan te pas komt, maar daarom verspreidt het ook de kwade reuk van een zwart geldcircuit. Het is daarom de vraag of het als betaaltvorm werkelijk ‘gangbaar’ zal worden.

Goed en gegevens

In de wereld van het internet worden de ruiltransacties steeds gecompliceerder, maar ze zijn uiteindelijk herleidbaar tot geld. De vermogensobjecten die gestolen kunnen worden zijn aan elkaar gekoppelde virtuele objecten die uitmonden in een geldswaarde. De strafwetgever heeft het probleem ingewikkelder gemaakt door in het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) de betekenis categorie ‘gegevens’ in te voeren. In art. 80 quinquies Sr worden die gedefinieerd als ‘iedere weergave van feiten en begrippen of instructies, op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie door personen of geautomatiseerde werken.’ In het genoemde arrest van de Hoge Raad zijn gegevens buiten het ‘goed’-begrip gebracht, hetgeen in overeenstemming was met wat de Commissie Computercriminaliteit had voorgesteld.¹⁴ Het doorslaggevende feit is, zo blijkt uit de hiervoor geciteerde overweging, dat zij kopieerbaar zijn en daarom niet buiten de beschikkingsmacht van iemand kunnen geraken. Gegevens kunnen dus niet worden ‘gestolen’, want ze zijn geen goed, ze kunnen alleen worden beschadigd of vernietigd. Voor onrechtmatig gebruik of beschadiging van ‘gegevens’ zijn aparte computercriminaliteitsdelicten in het leven geroepen (art. 138a Sr: computervrederebreuk, art. 232 Sr: valse betaalkaart, art. 326c: valselijk gebruikmaken van een telecommunicatiedienst door middel van een technische ingreep), maar die

¹¹. Oxford: Oxford University Press 1995. Hij heeft dat verder uitgewerkt in het in de aanhef geciteerde motto uit, *Making the Social World*, Oxford University Press 2010. Het geldvoorbeeld dat ik in de tekst zeer

kort samenvat behandelt hij in het eerste boek op de pagina's 41-43.

¹². Zie hierover mijn artikel ‘Recht op persoonsgegevens als zelfbeschikkingsrecht’, in: Corien Prins e.a. (red.) *16 miljoen*

BN'ers? Bescherming van persoonsgegevens in het Digitale Tijdperk., Leiden: NCM-Boekerij (47) 2010, p. 83-99.

¹³. Zie <http://nl.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>, geraadpleegd op 12 maart 2012. Zie ook

Financieel Dagblad 9 april 2013, p. 19: ‘Bitcoin is investering met ongekend rendement, maar beperkt betaalmiddel.’

¹⁴. B.J. Koops (red.) *Strafrecht en ICT*, Den Haag: SDU uitgeverij 2007, p. 19-20.

dekken het begrip 'diefstal' niet, zij veronderstellen immers een beschadigende handeling op technisch niveau. Hoewel uit de toepassing in het Wetboek en de herkomst van het begrip blijkt dat aan elektronische gegevens in computers is gedacht, is de definitie erg ruim, want zij heeft ook betrekking op tekens in de reële wereld (letters, cijfers en andere symbolische vormen).

De scheiding tussen de informatieve waarde van een ding (de betekenis) en het ding zelf (de atomen) is mijns inziens kennistheoretisch moeilijk te maken. We nemen de wereld waar, al naar gelang het abstractieniveau waarop we ons bevinden, volgens informatieconventies. In de natuurkunde is dat het standaardmodel van de deeltjesfysica, in de biologie de DNA-eiwittenketen, beide dus op (sub)atomair niveau. In het dagelijks leven berusten onze kennisoordelen op het zichtbare niveau van de mechanica en onze waardeoordelen op de culturele en juridische conventies van recht en cultuur.¹⁵ We zagen dat de statuswaarden die we in het maatschappelijk verkeer aan de 'brute feiten' (de atomen) toekennen in 'de zee van institutionele feiten' worden gestructureerd.

Laat ik het heilloze onderscheid tussen het ding en de informatieve waarde daarvan demonstreren aan waarden in de wereld van de materiële objecten. De materiële voorwerpen die gestolen worden, kunnen uiteenlopende waarden hebben die zij ontleen aan de markt waar de waarde wordt uitgedrukt in wettig betaalmiddel. De hoogte van de waarde wordt bepaald door de schaarse verhoudingen (grondstoffen), de bewerking of culturele waarde (een kunstwerk of een stuk antiek), de subjectieve waarde voor de koper of eigenaar (de aangeboden stoel was grootmoeders stoel) of bijvoorbeeld de verdienmogelijkheden die ermee samenhangen (een merknaam, patent of licentie). Het gaat er dus om wat de goederen economisch, cultureel of persoonlijk betekenen. Dat zit niet alleen in de atomen (hoewel grondstof een rol speelt: diamant is kostbaar, glas niet) die worden gestolen, maar ook in de gegevens die in het object zijn verwerkt (immers bestanddelen die de informatieve waarde van het object vormen). Gebakken klei kan de drager zijn van een unieke Etruskische vaas of een dagelijks gebruiksvoorwerp. En zo is het met de bits op een computerschijf ook.

Gegevens en informatie

De definitie in het meergenoemde art. 80 quinquies Sr is de standaard definitie van 'gegevens': tekens die volgens overeengekomen regels kunnen worden geïnterpreteerd. Dus letters, cijfers, noem maar op. Volgens een standaard definitie van 'informatie' bestaat informatie uit volgens regels (de grammatica) geïnterpreteerde betekenis van gegevens (de semantiek) die waarde kan hebben (de pragmatiek).¹⁶ Mijns inziens gaat art. 80 quinquies Sr niet over informatie. Hier zien we de tweede verwarring optreden. In de informatiesamenleving vormen (informatie)verzamelingen in toenemende mate grote economische waarden. Die informatieverzamelingen liggen in toenemende mate vast in elektronisch opgeslagen data, die op computerniveau bestaan uit enen en nullen (de bits, op het niveau van de elektriciteit: plus of min), die met behulp van software 'betekenis' in de menselijke wereld kunnen krijgen: de economische waardevolle informatie. Die informatieverzamelingen, die de economische waarde vormen,

zouden naar mijn mening buiten art. 80 quinquies moeten vallen. Dat artikel is immers een inleiding voor delicten die gaan over het 'beschadigen' van computers op het enen- en nullenniveau. Volgens mij is dat onderscheid in het arrest *Computergegevens* niet gemaakt. Die werknemer die de schijfjes thuis kopieerde ging het niet om de enen en nullen (dat is net zoets als diefstal van cijfers),

In de *RuneScape*-casus wordt het wegnemen afgedwongen met het pistool op de borst, maar voltrekt de wegneemhandeling zich virtueel

maar om de economische waarde van de informatie die de data representeerden. En in de arresten over giraal geld en beltegoeden is de Hoge Raad er voor uit de weg gegaan. Geld (en het 'nieuwe' geld) bestaat immers niet uit data, maar uit informatie die door de institutionele feiten als erkende waarde worden gepercipieerd, volgens de conventies (interpretaties) die we daar voor hebben afgesproken.

Wegnemen

In de wereld van de virtuele objecten en de steeds ingewikkelder ruilverhoudingen van aan elkaar gekoppelde transacties wordt het 'wegnemen' van goederen ook steeds meer een virtuele handeling. In de *RuneScape*-casus wordt het wegnemen afgedwongen met het pistool op de borst ('Je geld of je leven'), maar voltrekt de wegneemhandeling zich virtueel (elektronische overdracht van spelobjecten).

Als ik met een gestolen pas bij een betaalautomaat giraal geld van een rekening haal die niet van mij is, dan ontrek ik geld met girale status aan een rekening en vervang deze door papieren status in mijn portefeuille die mij niet toekomt. In mijn ogen is het afkijken van de pincode het stelen van een sleutel met statuswaarde, omdat het toegang geeft tot giraal geld dat niet van mij is. Of ik die code nu 'intern' in mijn hersens opsla, of extern door een skimapparaat of een verborgen camera kopieer, maakt niet veel uit.

Wat is de statuswaarde van objecten en handelingen in spelen?

Spelen definiëren de betekenis van handelingen en objecten volgens vooraf afgesproken statusregels, die ze als 'spel' in het maatschappelijk verkeer isoleren. Wanneer Don Quijote en Sancho Panza met elkaar discussiëren over de betekenis van sociale rollen (status in de mensen-samenleving) maakt Don Quijote de vergelijking met het toneelspel, waarbij aan het eind van het spel iedereen zijn toneelkostuum uittrekt. Sancho begrijpt de vergelijking en zegt dat het net zoets is als het schaakspel:

'net als die van het schaakspel, zolang het spel zijn eigen taak heeft: maar als het spel is afgelopen, worden alle stukken door elkaar gegooid, bijeengeveegd en



Michelangelo Merisi da Caravaggio - De kaartspelers (1594 of '95)

geschud, en belanden met elkaar in een zak, wat zo iets is als levend begraven zijn.¹⁷

Buiten het spel zijn de schaakstukken houten blokjes zonder betekenis, verzamelingen van atomen.

Maar heeft de spelwaarde een status buiten het spel? Bij Roulette en andere binnen het casino aangeboden spelen hebben de fiches geldwaarde die je aan het begin en het eind kunt verzilveren aan de kassa van het casino. Bij Monopoly binnen de familiekring (Koops gebruikt in zijn stuk in Computerrecht dat voorbeeld) hebben zij dat niet:

Heeft de spelwaarde een status buiten het spel?

het blijft 'speelgeld'. Het stelen van spelobjecten is dus (behoudens een handelswaarde als het om unieke objecten gaat zoals bij een middeleeuws schaakspel) het stelen van het materiaal waar de spelobjecten van zijn gemaakt: atomen. Spelobjecten zijn objecten die hun waarde ontleen aan hun status in het spel dat als een geheel van regels het institutionele feit is dat die status definieert. Al naar gelang

het spel zich ontwikkelt krijgen ze (zoals Koops ook constateert) een verhoogde strategische waarde, of anders gezegd de informatieve waarde binnen het spel.

In de *RuneScape*-zaak probeert de advocaat-generaal in de bovengeciteerde passage een verband tussen de strategische waarde en de economische waarde te construeren. Er bestaat enige handel op Marktplaats van statusobjecten in het spel *RuneScape*, maar deze zijn sterk afhankelijk van de symbolische schaarsteverhoudingen in het spel zelf, en dus niet van de markt die waarden uitdrukt in wettig betaalmiddel. De waarden op Marktplaats zijn een *off spring* van de spelwaarden. Zij hebben ook niet de functie van wat ik hiervoor schaduwgeld noemde. De gold coins van *RuneScape* zijn geen betaalmiddel, zoals de bitcoins. Softwarematig zijn de goldcoins aan *RuneScape* gebonden en dus geen op internet gangbaar geld. De organisator van *RuneScape* laat handel buiten het spel oogluikend toe (hoewel het eigenlijk 'vals spelen' is), maar grijpt in als de het spel er te veel door wordt verstoord.

¹⁵. Vergelijk Luciano Floridi, *The Philosophy of Information*, Oxford: Oxford University Press 2011, hoofdstuk 15.

¹⁶. Het is iets ingewikkelder; wie er meer over wil weten raad ik aan Luciano Floridi,

Information, A Very Short Introduction, Oxford: Oxford University Press 2010.

¹⁷. Cervantes, *Don Quijote* (vertaling Barber van der Pol), Amsterdam: Polak & Van Genneep 2001, II, 12, p. 542.

De selectieve criteria van de 'goed' en 'gegeven' jurisprudentie

Het valt op dat de jurisprudentie van de Hoge Raad nogal selectief is in de criteria om art. 310 Sr toe te passen. Bij giraal geld en de daarmee te vergelijken belminuten valt de Raad terug op een vaag begrip als 'maatschappelijke functie', al kan dat opgevat worden als een statuscriterium, maar dat wordt dan niet goed uitgewerkt. De objectbenadering in het *Elektriciteitsarrest* uit de jaren twintig duikt van tijd tot tijd in de uitspraken van de Raad weer op (terwijl het in die zaak eigenlijk ging om diefstal van elektriciteitstikken). De afgekeken pincode is geen object en bij het stelen van data, wordt de zaak afgedaan als het stelen van gegevens die geen goed zijn. Bij een beslissing over 'gegevens' wordt ook niet goed

Het slagveld overziende rijst bij mij de vraag of het *Elektriciteitsarrest* niet meer kwaad dan goed heeft gedaan

onderscheiden tussen 'gegevens' en 'informatie'. In de *RuneScape*-zaak wordt er weer veel werk gemaakt van het construeren van een object, terwijl hier juist een benadering van de maatschappelijke functie voor de hand zou hebben gelegen. De vraag of iets een 'goed' of 'gegeven' is, is ineens een feitelijke vraag, terwijl het toch een logische vraag is. Al met al blijft het moeilijk te voorspellen of art. 310 Sr van toepassing is of niet en daarmee is de in het strafrecht zo noodzakelijke rechtszekerheid niet gebaat. Tenslotte bevordert de verbinding tussen de symbolische status in het spel en een economische waarde op de markt ook niet de rechtszekerheid, want dan is iets de ene keer diefstal en de andere keer niet. Toepassing van de delicten 'afpersing' en 'bedreiging' had in de *RuneScape*-zaak een trefzekere uitslag verzekerd.

Het slagveld overziende rijst bij mij de vraag of het *Elektriciteitsarrest* niet meer kwaad dan goed heeft gedaan. Het heeft wetgever en rechter het glibberige pad opgestuurd van objecten die bestaan uit elektronische energie, bits en tekens. Het zou beter zijn geweest 'goed' meer in de richting van het burgerlijk recht te sturen en het op te vatten als vermogenswaarden die bestaan uit materiële objecten en rechten. Ook het begrip 'gangbaar geld' van art. 6:112 BW biedt een goed aanknopingspunt.

Conclusie

- 1) Het door de wetgever bij de 'computerdelicten' en door de Hoge Raad overgenomen onderscheid tussen 'goed' en 'gegevens' is niet erg verhelderend geweest. Daardoor is de begripsverwarring ontstaan dat 'goed' en 'gegevens' tegengestelde of complementaire entiteiten zijn, terwijl de waarde van een goed ontleend wordt aan de informatieve waarde (opgebouwd uit 'gegevens') die het bevat. Het lijkt er op dat er eerder een gat is ontstaan bij de toepassing van art. 310 Sr, dan dat de informatiesamenleving beter is toegerust om vermogenscriminaliteit in de sfeer van elektronische informatiebestanden en nieuwe vormen van elektronisch geld te bestrijden. Zoals wel vaker met op techniek geïnspireerde 'moderne' rechtsnormen, blijkt de samenleving daar uiteindelijk niet door te zijn gebaat.
- 2) Het onderscheid tussen 'gegeven' en 'informatie' is in de rechtspraak niet helder gemaakt. Daardoor is de begripsverwarring ontstaan dat (elektronische) gegevens iets anders zijn dan informatie. Belangrijke elektronische informatieverzamelingen kunnen zo buiten de bescherming van art. 310 Sr geraken, omdat ze via art. 80 quinquies Sr terecht komen in het compartiment computercriminaliteit, dat echter is toegesneden op criminaliteit die de computer op technisch niveau beschadigt of manipuleert.
- 3) Bij de benadering van wat een vermogensdelict is, heeft de Hoge Raad zich onvoldoende rekenschap gegeven dat geld in het maatschappelijk verkeer zijn waarde ontleent aan de institutionele feiten die maken dat iets 'geld' is. Het object is institutionele informatie, die in papier of elektronische bestanden vastligt. Nu wordt er gekozen voor een tamelijk vage 'maatschappelijke functie' benadering.
- 4) Het zou daarom de duidelijkheid dienen, als wij, ongeacht de gebezigde techniek, voor vermogenswaarden in het recht zouden uitgaan van materiële zaken en (immateriële) rechten of aanspraken, in plaats van ons te verliezen in een discussie of iets 'informatie', een 'gegeven' of een verzameling (sub)atomaire constellaties is.
- 5) Informatie is een vermogenswaarde die kan worden 'weggenomen', ongeacht de vraag of dat fysiek (stelen van de materiële drager) of virtueel (door de informatie in de hersens of op een andere drager te kopiëren) gebeurt.
- 6) Spelwaarden in een spel zijn geen geld, maar strategische posities die hun waarde ontleen aan de regels van het spel, ook al is er enige handel in spelobjecten buiten het spel. Ze aan te merken als 'geld' of 'vermogenswaarde' is een begripsverwarring op institutioneel niveau: het institutionele niveau van het spel dat betekenis geeft aan spelhandelingen en spelobjecten, en het institutionele niveau van het 'geld' dat betekenis geeft aan handelingen en objecten in het maatschappelijk verkeer. •

Meervoudig beslissen niet altijd garantie voor kwaliteit

Marijke Malsch¹

Bauw, Van Dijk en Sonnemans bespreken in het *Nederlands Juristenblad* van 8 februari (NJB 2013/292, afl. 6, p. 356 e.v.) een onderzoek naar voor- en nadelen van meervoudig beslissen. De voordelen overheersen: de acceptatie van partij- en de samenleving van meervoudige uitspraken is groter en er is een substantieel kleinere kans op fouten. Rechters zelf prefereren ook een meervoudige behandeling van zaken.

Door groepsdiscussie in raadkamer blijkt de kans op fouten substantieel te worden verkleind; misverstanden en onjuiste oordelen worden gecorrigeerd, zo stellen de auteurs. Zij stellen ook vast dat door de tijdsdruk waaronder rechters moeten werken de kans op fouten juist weer groter wordt. De informatieverwerking en -uitwisseling wordt dan minder goed, ook binnen meervoudige kamers.

Het onderzoek roept twee vragen op. De eerste is in hoeverre de taak die de rechters moesten verrichten voor het onderzoek representatief is voor het dagelijkse besliswerk van de rechter. Het gaat om een behoorlijk cijfermatige exercitie waarvan ik vermoed dat rechters er moeite mee hebben. Niet ondenkbaar is dat als een van de drie beslis-sers een wat meer cijfermatige achtergrond heeft dan de andere twee, de laatste op hem of haar afgaan. Dit kan mogelijk hebben geleid tot een betere score van meervoudig beslis-

sen, want drie weten altijd meer dan één. Het meeste rechterlijke besliswerk is echter veel minder cijfermatig dan de taak die voor het onderzoek moest worden verricht, maar laat, net als deze taak, wél fouten toe.

Mijn tweede vraag heeft betrekking op de positieve waardering die de auteurs hebben voor het meervoudig beslissen. Zij noemen voornamelijk de vrolijk stemmende resultaten uit sociaal-psychologisch onderzoek naar het beslissen in kleine groepen. Daarnaast zijn er echter ook minder positieve effecten van het beslissen in kleine groepen bekend die zij niet noemen. Ik verwijs hierbij graag naar de samenvattende publicaties van Surowiecki en Sunstein. Dit onderzoek laat zien dat goede beslissingen meestal worden genomen als er geen overeenstemming is tussen de leden van een groep. De discussie die dan volgt leidt tot verheldering van de zaak en tot betere beslissingen. Groepen die niet homogeen zijn voeren meer debat, doen grondiger onderzoek en maken minder fouten, zo heeft dit onderzoek laten zien. Als groepen erg homogeen zijn worden ze het te snel eens en staan ze soms niet meer open voor nieuwe informatie die een ander licht werpt op de zaak. Druk tot conformiteit is niet onbekend binnen groepen. Bij meer homogene groepen kan zelfs 'groupthink' ontstaan waarbij de groep in zijn geheel naar een onjuist standpunt gaat overhellen zonder dat

dit wordt gecorrigeerd. Het beslissen in kleine, homogene groepen is dus niet zonder risico.

Het is niet geheel ondenkbaar dat in de Nederlandse rechtspraak met zijn vaak vaste, homogene (uitsluitend professionele rechters met een vergelijkbare achtergrond) kamers dit type effecten optreedt. Men weet van elkaar hoe men over bepaalde zaken denkt, door de hoge werkdruk wil men snel beslissen, en daarom discussieert men mogelijk niet meer uitvoerig over alle aspecten van de zaak. Het is zeker niet uitgesloten dat de waarheidsvinding en het nemen van kwalitatief goede beslissingen hier onder lijden. De aangehaalde onderzoeken suggereren dat om dit soort effecten te vermijden, groepen diverser moeten worden gemaakt.

Er kleven dus ook nadelen aan groepsbeslissingen. Bij het pleidooi voor een grotere inzet van meervoudige kamers, dat ik overigens volledig onderschrijf, zou ook aandacht besteed kunnen worden aan de minder positieve effecten ervan. Meervoudige kamers zouden bijvoorbeeld niet jarenlang dezelfde samenstelling moeten hebben. •

Auteur

1. Mr. dr. M. Malsch is senior onderzoeker bij het Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving te Amsterdam, en rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Haarlem en het Hof Den Bosch.

Naschrift bij reactie van Malsch op 'De waarde van meervoud'

Eddy Bauw, Frans van Dijk, Joep Sonnemans¹

Het is mooi dat Malsch ons pleidooi voor de waarde van meervoudig beslissen onderschrijft. Het is echter niet duidelijk waar zij dit oordeel op baseert. En daarmee raken wij aan de kern van de aanleiding van ons onderzoek. Het onderzoek naar het verschil in kwaliteit tussen het enkelvoudig en meervoudig behandelen van rechtszaken was tot voor kort louter kwalitatief van aard: het is voornamelijk gebaseerd op de opvattingen van direct betrokkenen (rechters en advocaten) en die in de (juridische) literatuur. Wij hebben het vraagstuk vanuit een meer algemeen en empirisch perspectief benaderd. In ons onderzoek stond de vraag centraal of er een aantoonbaar verschil is in prestaties tussen individuen en groepen waar het gaat om de kwaliteit van besluitvorming in beslissituaties van het type waar rechters voor staan. Omdat de aanleiding voor het onderzoek was gelegen in de discussie over enkelvoudig of meervoudig beslissen in rechtszaken en om de relevantie van de uitkomsten voor die discussie te vergroten, hebben wij in ons experiment de beslisproblemen op strafrechtelijke leest geschoeid. Daarmee hebben wij niet beoogd de complexe werkelijkheid van het strafproces waarheidsgetrouw na te bootsen. In

het kader van de door ons gebruikte onderzoeksmethodiek is dat niet te doen, maar bovenal niet wenselijk. Al was het alleen maar omdat er in het strafproces, hoewel gericht op 'waarheidsvinding' geen objectief vaststelbare juiste beslissing bestaat. Wij hebben in ons experiment het beslisprobleem ontdaan van alle normatieve en andere ambigue aspecten, zodat er wel een objectief juiste beslissing is. In die context hebben we experimenteel kunnen vaststellen dat groepen dichtbij de juiste beslissing uitkomen dan individuen. Hiermee is natuurlijk niet het laatste woord gezegd: ons experiment biedt een benchmark waarmee verrijkte beslisproblemen experimenteel vergeleken kunnen worden.

Het onderzoek is in beginsel relevant voor alle groepsbeslissingen die betrekking hebben op de cognitieve oplossing van problemen. Wij plaatsten de resultaten tegen de achtergrond van het beslissen door rechters en combineerden deze met de bevindingen uit het zojuist bedoelde kwalitatieve onderzoek naar de waarde van meervoudig beslissen door rechters. Wij concludeerden dat ons kwantitatieve onderzoek die opvattingen ondersteunt en daarvoor een begin van empirische onderbouwing biedt. Die onderbouwing is van belang in een tijd waarin het steeds

schaarser geworden meervoudig beslissen door rechters door efficiencyoverwegingen verder onder druk is komen te staan. Wij hebben daarbij wel degelijk gewezen op sociaalpsychologisch onderzoek (in het voetspoor van Kahnemann) van recentelijk Ten Velden en De Dreu waarin wordt gewezen op de valkuilen in beslisprocessen, die zich ook in meervoudige kamers kunnen voordoen. Het spreekt vanzelf dat deze valkuilen afbreuk kunnen doen aan de waarde van meervoud, zoals die uit ons onderzoek naar voren komt. Het gaat er dan om leden van meervoudige kamers hier bewust van te maken en de werkwijzen zo in te richten dat die valkuilen zo goed mogelijk worden voorkomen. Dat er valkuilen zijn kan echter nooit de aanleiding zijn om het waardevolle instrument van de meervoudige kamer af te schaffen. ●

Auteurs

1. Prof. dr. mr. E. Bauw is hoogleraar Rechtspleging aan de Universiteit van Amsterdam en hoofd Juridische Kwaliteit, Wetgevingsadvisering en Internationale Samenwerking bij de Raad voor de rechtspraak, tevens raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden. Dr. F. van Dijk is directeur Strategie en Ontwikkeling bij de Raad voor de rechtspraak. Prof. dr. J. Sonnemans is hoogleraar Behavioral Economics aan de Universiteit van Amsterdam, fellow aan het Tinbergen Instituut en redacteur van European Economic Review.

Aanbevolen citeerwijze:
NJB 2013/ ... (nummer uitspraak)

EHRM	1275
Hoge Raad (strafkamer)	1277
Centrale Raad van Beroep	1280
College Beroep Bedrijfsleven	1285

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Deze rubriek wordt verzorgd door onderzoekers van de Universiteit Leiden, de VU Amsterdam en de RU Nijmegen. Onderstaande bewerkingen zijn verzorgd door G. Boogaard, J. Uzman en M.M. Groothuis (Universiteit Leiden). Alle uitspraken van het EHRM staan op www.echr.coe.int; een selectie verschijnt uiteindelijk in *Reports of Judgments and Decisions*. De uitspraken van kamers van het EHRM worden drie maanden na de uitspraakdatum definitief, tenzij er intern appel wordt ingesteld bij de Grote Kamer van het Hof.

1209

19 februari 2013, appl.nr. 40397/12
(Vijfde Kamer)

Art. 10 EVRM. Veroordeling oprichters The Pirate Bay. Niet-ontvankelijk.

(EVRM art. 10)

Neij & Sunde Kolmisoppi vs. Zweden

A. Feiten

Fredrik Neij, een Zweed, en Peter Sunde Kolmisoppi, een Fin, zijn de oprichters van The Pirate Bay: de zoekmachine waarmee internetgebruikers die iets willen downloaden internetgebruikers kunnen vinden die dat willen uploaden. In Zweden worden Neij en Sunde Kolmisoppi veroordeeld tot 10, respectievelijk 8 maanden gevangenisstraf en tot het betalen van een schadevergoeding van ongeveer € 5 miljoen wegens het bevorderen en faciliteren van schendingen van het auteursrecht.

B. Procedure in Straatsburg

Op 20 juni 2002 dienen Neij en Sunde Kolmisoppi een klacht in bij het EHRM onder art. 10 EVRM.

C. Uitspraak van het Hof

(Vijfde Kamer: Villiger (president), Nußberger, Zupančič, Power-Forde, Yudkivska, Jäderblom en Pejchal)

Het Hof herhaalt dat artikel 10 EVRM mede een recht op het zenden en ontvangen van informatie omvat, dat dit niet alleen de inhoud van de informatie maar ook de middelen van verspreiding betreft en dat het niet uitmaakt of de motieven commercieel dan wel ideëel zijn. Het faciliteren van downloaden en uploaden, zoals The Pirate Bay doet, valt daarmee onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM.

De veroordeling van Neij en Sunde Kolmisoppi is een beperking, voorzien bij wet en in het belang van de bescherming van de rechten van anderen en het voorkomen van strafbare feiten. Blijft over de vraag naar de proportionaliteit. Ten aanzien daarvan constateert het Hof allereerst dat auteursrechten beschermd worden door artikel 1 EP EVRM en de daaruit voortvloeiende positieve verplichtingen. In de tweede plaats merkt het Hof op dat het via The Pirate Bay gedeelde materiaal niet eenzelfde strikte bescherming geniet als politieke uitingen of debat doen. De *margin of appreciation* voor Zweden is daarom in dit geval 'particularly wide'. In het voordeel van Zweden weegt verder mee dat de veroordeling specifiek gemotiveerd is met het delen van auteursrechtelijk beschermde informatie. In het nadeel van klagers telt dat zij niet de indruk wekken iets om de auteursrechtelijke belangen van anderen te geven.

D. Slotsom

Het Hof verklaart de klacht kennelijk ongegrond en daarom niet-ontvankelijk. ●

1210

5 maart 2013, appl.nr. 47607/07

Art. 43 lid 4 Rules of Court. Asielzaak. Compensatie proceskosten na schrappen van de rol. Rechtsbijstand.

(EVRM art. 2, 3, 8, 13; Rules of Court art. 43 lid 4)

S.H. vs. Nederland

A. Feiten

S.H., een Iraanse, heeft een buitenechtelijke relatie met een, in Nederland woonachtige, man. Terwijl ze in Nederland is komt haar echtgenoot achter het bestaan van de relatie. Hij zou de Iraanse autoriteiten hebben ingelicht. Omdat S.H. vreest voor de gevolgen, dient ze in 2006 een asielverzoek in bij de Nederlandse autoriteiten. Dit verzoek wordt afgewezen. Beroep en hoger beroep tegen die beslissing zijn vruchteloos, even-

als een tweede asielverzoek op 30 november 2007, nadat een buitenechtelijke zoon is geboren.

B. Procedure

Op 31 oktober 2007 klaagt S.H. bij het EHRM omtrent schending van de artikelen 2, 3, 8 en 13 EVRM. Nederland zou het gevaar van terugkeer naar Iran onvoldoende onderkennen. Het Hof verzoekt Nederland om S.H. voorlopig niet uit te zetten. Op 19 november 2012 meldt de regering dat S.H. een hernieuwd asielverzoek kan indienen. Kort daarna laat men weten dat de vergunning is verleend tot 30 november 2017. De regering verzoekt het Hof de zaak van de rol te schrappen. De klagster houdt echter vast aan haar klacht. Ze wenst vergoeding van proceskosten, van gederfde inkomsten omdat ze een periode niet kon werken, en van immateriële schade.

C. Uitspraak van het Hof

(Derde Kamer: Casadevall (president), Gyulumyan, Birsan, López Guerra, Tsotsoria, Silvis, Gritco)

Het Hof overweegt dat klagster voorlopig geen gevaar meer loopt op uitzetting naar Iran. Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak stelt het dat de toekenning van een asielvergunning als adequaat redres moet worden beschouwd. Het schrapt de klacht derhalve van de rol. Aan vergoeding van materiële of immateriële schade onder artikel 41 EVRM komt het Hof niet toe, nu het niet tot een schending heeft geconcludeerd. Wel kan het Hof, op basis van artikel 43 lid 4 van het procesreglement, een kostenveroordeling uitspreken. Volgens het EHRM is de beoordeling onder deze bepaling in beginsel dezelfde als in het kader van een verzoek om compensatie op basis van artikel 41 EVRM. Uitgangspunt is dat uitsluitend de proceskosten die daadwerkelijk gemaakt zijn, voor vergoeding in aanmerking komen. S.H. verzoekt om vergoeding van € 19 253 aan kosten rechtsbijstand en om € 5.176 ten behoeve van een deskundigenadvies. Weliswaar kreeg ze gesubsidieerde rechtsbijstand, maar ze wijst er op dat zij daarop alleen recht heeft indien de kosten daarvan niet kunnen worden verhaald op een derde. Ze is dus verplicht om kostenvergoeding na te streven. Nu de kosten van rechtsbijstand op nationaal niveau onder het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand vallen, ziet het EHRM geen aanleiding voor een kostenveroordeling op dit punt. Dat geldt ook voor de kosten met betrekking tot het deskundigenadvies, nu dit advies geen deel uitmaakt van het procesdossier.

D. Slotsom

Het EHRM schraapt de zaak van de rol. Het besluit niet tot compensatie van gemaakte proceskosten. ●

1211

14 maart 2013, appl.nr. 24117/08

Artikel 8 EVRM. Bevel van Noorse Belastingdienst aan drie bedrijven om een kopie van een gedeelde computerserver ter beschikking te stellen ten behoeve van een inspectie. Inbreuk op recht op vertrouwelijke correspondentie en vertrouwelijkheid van domicilie niet disproportioneel. Geen schending.

(EVRM art. 8)

Bernh Larsen Holding AS e.a. vs. Noorwegen

A. Feiten

De klagers, Bernh Larsen Holding AS, Kver AS en Increased Oil Recovery AS (hierna aangeduid als 'B.L.H.', 'Kver' en 'I.O.R.'), zijn rechtspersonen naar Noors recht, gevestigd op één adres in Bergen. Deze (zelfstandige) bedrijven maken voor hun bedrijfsvoering gebruik van een gedeelde computerserver, die eigendom is van Kver. Op de server zijn de digitale archieven van de drie bedrijven opgeslagen, alsmede privé-informatie van werknemers en andere individuen die voor hen werkzaam zijn.

In januari 2003 berichtte de Belastingdienst Bergen aan B.L.H. dat een inspectie ('audit') zou gaan plaatsvinden in verband met diens belastingaangifte voor 2001. In maart 2004 vond een inspectie plaats ten kantore van B.L.H., waarbij de Belastinginspecteur de directeur van dit bedrijf opdroeg de Belastingdienst toegang te verlenen tot de gedeelde computerserver en in staat te stellen een kopie te maken van de (gehele) computerserver. De B.L.H.-directeur voldeed aan de eerste eis, maar weigerde aan de tweede eis te voldoen. Hij voerde aan dat hij niet de eigenaar was van deze server maar slechts server-capaciteit huurde en dat naast B.L.H. ook andere bedrijven gebruik maakten van deze server. Daarop werd de directeur van Kver, de eigenaar van de server, opgeroepen. Ook deze weigerde de Belastingdienst in staat te stellen een kopie van de gehele server te maken. B.L.H. en Kver zijn vervolgens met de Belastingdienst overeengekomen een verzegelde backup-tape van de voorgaande maanden aan de Belastingdienst over te dragen, maar tekenden bezwaar aan tegen de eis van de Belastingdienst om een kopie van de gehele

server te maken. Terwijl dit bezwaar aanhangig was heeft de Belastingdienst aan Kver en het derde bedrijf, I.O.R., bericht dat ook bij hen een inspectie zou gaan plaatsvinden. In juni 2004 heeft de Belastingdienst het bezwaarschrift van de drie bedrijven tegen het bevel om de Belastingdienst in staat te stellen een kopie van de gehele server te maken ongegrond verklaard. De Rechtbank Oslo verwierp het beroep van de drie bedrijven tegen dit besluit. In hoger beroep bij het Gerechtshof Borgarting en in cassatie bij de Noorse Hoge Raad bleef het vonnis van de rechtbank in stand.

B. Procedure

B.L.H., Kver en I.O.R. hebben op 19 mei 2008 een klacht ingediend bij het EHRM. Daarbij stelden zij dat het bevel van de Belastingdienst om een kopie van de gedeelde computerserver ter beschikking te stellen in strijd zou zijn met het recht op privéleven, vertrouwelijke correspondentie en vertrouwelijkheid van domicilie (art. 8 EVRM).

C. Uitspraak van het Hof

(Eerste Kamer: Berro-Lefèvre (President), Steiner, Hajiye, Lazarova Trajkovska, Laffranque, Sicilianos en Møse).

Het Hof stelt voorop dat de klagers, op grond van art. art. 4-10 (1) van de Noorse Belastingwet verplicht waren gehoor te geven aan het bevel van de belastinginspecteur om toegang te verlenen tot de gedeelde server en deze in staat te stellen een kopie van de server te maken. Het Hof overweegt dat het opleggen van deze verplichting een inbreuk vormde op het recht op vertrouwelijke correspondentie en vertrouwelijkheid van domicilie als bedoeld in art. 8 EVRM. Ten aanzien van de vraag of er ook sprake was van een inbreuk op het eveneens in art. 8 EVRM verankerde recht op privéleven merkt het Hof op dat volgens de klagers de backup-kopie van de server ook persoonlijke e-mails bevatte van werknemers en anderen die werkzaamheden voor de drie bedrijven verrichtten. Vervolgens overweegt het Hof dat het, nu geen enkel individu een klacht heeft ingediend over een inbreuk op zijn of haar privéleven, het niet noodzakelijk acht te bepalen of in casu sprake is van een zodanige inbreuk. Het Hof voegt hieraan toe dat de klagers legitieme belangen hebben om de privacy van voor hen werkende personen te beschermen en dat deze belangen moeten worden meegewogen bij het onderzoek naar de vraag of is voldaan aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM. Het Hof stelt vast dat de inbreuk een basis had in art. 4-10 (1) Noorse Belastingwet. Deze bepaling geeft belastinginspecteurs de bevoegdheid om toegang te werken tot

archieven, waaronder ook digitale archieven.

In dit kader merkt het Hof op dat deze bevoegdheid van toepassing is op alle archieven die potentieel belangrijke informatie voor de inspectie zouden kunnen bevatten. Het hof overweegt dat, als het op de server opgeslagen digitale archief zou zijn opgedeeld in compartimenten met scheidslijnen tussen de drie bedrijven, de Belastingdienst had kunnen vaststellen op welke delen van de server relevante informatie kon worden gevonden. Met betrekking tot de eis van 'foreseeability' overweegt het Hof dat, hoewel de reikwijdte van deze bepaling potentieel zeer ruim is, deze aan de belastinginspecteur toch geen ongelimiteerde beleidsvrijheid geeft, nu het object van de bevoegdheid duidelijk in de wet is gedefinieerd. Het Hof deelt het oordeel van de Noorse Hoge Raad dat, nu sprake was van een gedeelde server, het voorzienbaar was dat de belastinginspecteur het niet aan klagers zou overlaten aan te geven op welk deel van de server relevante informatie kon worden gevonden. Het Hof concludeert dat in casu aan de eis van voorzienbaarheid bij wet is voldaan. Ook stelt het Hof vast dat de inbreuk op het recht op vertrouwelijke correspondentie en vertrouwelijkheid van domicilie strekte tot bescherming van een legitiem doel, namelijk de bescherming van het economisch welzijn van het land. Ten aanzien van de noodzakelijkheidseis overweegt het Hof dat de procedure voor het verkrijgen van toegang tot de backup-kopie van de server was omkleed met waarborgen. Het Hof wijst erop dat de eerste klager een jaar tevoren was gewaarschuwd dat een inspectie zou gaan plaatsvinden, dat vertegenwoordigers van de eerste en tweede klager aanwezig waren bij de inspectie, dat de klagers het recht hadden bezwaar te maken tegen het bevel de belastinginspecteur in staat te stellen een kopie van de server te maken en dat deze kopie gedurende de bezwaarprocedure verzegeld diende te blijven. Ook merkt het Hof op dat krachtens de Noorse Belastingwet de backup-kopie van de server diende te worden vernietigd na afloop van de inspectie en dat alle sporen van de backup-kopie dienden te worden verwijderd van de computernetwerken van de Belastingdienst. Gelet hierop is het Hof van oordeel dat sprake was van effectieve en adequate waarborgen tegen misbruik. Het Hof concludeert dat een goed evenwicht is gevonden tussen enerzijds het belang van het beschermen van de vertrouwelijkheid van correspondentie en domicilie van de klagers en de privacy van degenen die voor hen werkten en anderzijds het publieke belang van het uitvoeren van belastinginspecties.

D. Slotsom

Het EHRM oordeelt met vijf stemmen tegen twee dat geen sprake is van schending van art. 8 EVRM. Aan de uitspraak is een *dissenting opinion* gehecht van de rechters Berro-Lefèvre en Laffranque. ●

Hoge Raad (strafkamer)

Deze rubriek wordt verzorgd door prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen, hoogleraar straf(proces)recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1212

16 april 2013, nr. 12/03640

(Mrs. W.A.M. van Schendel, Y. Buruma en J. Wortel)

(na conclusie van A-G Machielse, strekkende tot verwerping; adv. mr. J.S. Nan, Dordrecht)

I/JN BZ7174

Eén en dezelfde gedraging van een verdachte kan tegelijkertijd leiden tot bewezenverklaring van zowel poging tot moord als bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht. Of dit ook mogelijk is in concreto is afhankelijk van het bij de verdachte bestaande opzet.

(Sr art. 45, 289 en 285)

Inleiding:

Verdachte is veroordeeld voor – kort gezegd – poging tot moord omdat hij op 5 maart 2011 te Rotterdam met opzet en na kalm beraad en rustig overleg, meermalen, van korte afstand kogels met een vuurwapen heeft afgevuurd/afgeschoten in de richting van [slachtoffer 1] en voor bedreiging van [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2] met enig misdrijf tegen het leven gericht omdat hij op hetzelfde tijdstip en dezelfde plaats opzettelijk dreigend aan voornoemde personen een vuurwapen heeft getoond en meermalen van korte afstand kogels met dit vuurwapen heeft afgevuurd in de richting van [slachtoffer 1]. Het middel klaagt dat deze bewezenverklaarde gedragingen, voor zover betrekking hebbende op [slachtoffer 1], niet met elkaar te verenigen zijn.

Hoge Raad, onder meer:

2.3. Het antwoord op de vraag of een en dezelfde gedraging van een verdachte kan leiden tot zowel bewezenverklaring van poging tot moord als van bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht, is afhankelijk van het bij de verdachte bestaande opzet. Het

voornemen tot moord hoeft het opzet op bedreiging met een levensdelict niet uit te sluiten. Het Hof heeft vastgesteld dat [slachtoffer 1] zich, op het moment dat de verdachte de kogels afvuurde met het vuurwapen, in het schietveld van de verdachte bevond. Uit deze omstandigheden heeft het Hof kunnen afleiden dat de verdachte naast het opzet, in voorwaardelijke zin, op de uitvoering van moord tevens opzet heeft gehad op het ontstaan van de redelijke vrees bij het slachtoffer [slachtoffer 1] dat hij door de verdachte zou worden vermoord. De bewezenverklaringen zijn dus niet tegenstrijdig, zodat het middel faalt.

Volgt verwerping van het beroep. ●

1213

16 april 2013, nr. 11/04177

(Mrs. A.J.A. van Dorst, W.F. Groos, J. Wortel, N. Jörg en V. van den Brink)

(Na conclusie van A-G Vellinga, strekkende tot vernietiging en terugwijzing dan wel verwijzing; OM-cassatie)

I/JN BY9721

Vrijstelling politieambtenaren van de bepalingen van het RVV 1990 voor zover dit voor de uitvoering van de opgedragen taken noodzakelijk is en de veiligheid van het verkeer daarbij zoveel mogelijk wordt gewaarborgd, is in casu van toepassing. Dat de gedragingen van de verdachte het in art. 5 WVV 1994 bedoelde gevaar hebben veroorzaakt brengt nog niet mee dat sprake is van schuld in de zin van art. 6 WVV 1994. Vrijstelling in de zin van art. 147 lid 1 WVV 1994 is niet beperkt tot bepaalde bepalingen van het RVV 1990. A-G: anders.

(WVV 1994 art. 5, 6 en 147; Beschikking van de Minister van Verkeer en Waterstaat van 31 maart 1994, nummer RVR 172392)

Inleiding:

OM-cassatie tegen de vrijspraak van verdachte – een politiemotorrijder – van het primair tenlastegelegde misdrijf van art. 6 WVV 1994. Verdachte is wel veroordeeld ter zake van de subsidiair tenlastegelegde overtreding van art. 5 WVV 1994. Ter beoordeling van de vraag of verdachte het met het oog op art. 6 WVV 1994 tenlastegelegde heeft begaan is het hof achtereenvolgens ingegaan op de vraag of en welke feitelijke gedragingen die ten laste zijn gelegd kunnen worden bewezen en of de bewezen geachte feitelijke gedragingen schuld aan het verkeersongeval in de zin van artikel 6 van de Wegenverkeerswet 1994 opleveren. Het hof overweegt onder meer: 'Bij

beantwoording van deze vragen stelt het hof voorop dat verdachte ten tijde van de verweten gedraging werkzaam was als politieambtenaar in de zin van artikel 3, eerste lid sub a, van de Politiewet 1993. Op hem was derhalve van toepassing de beschikking van de Minister van Verkeer en Waterstaat van 31 maart 1994, nummer RVR 172392, houdende vrijstelling van de bepalingen van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990, waarbij onder meer wordt bepaald dat:

- aan de politieregio's ten behoeve van voornoemde politieambtenaren vrijstelling wordt verleend van de bepalingen van het RVV 1990;

- aan de uitoefening van de bevoegdheden, ontleend aan de vrijstelling, de volgende voorschriften worden verbonden:

- de veiligheid van het verkeer dient zoveel mogelijk te worden gewaarborgd;
- van de vrijstelling mag alleen gebruik worden gemaakt voor zover dit voor de uitvoering van de opgedragen taken noodzakelijk is.

Op grond van de in de eventueel later op te maken aanvulling gebezigde bewijsmiddelen acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte:

- met een politiemotorfiets, zonder gebruik te maken van optische en geluidssignalen, op een verplicht fietspad heeft gereden,
- zijn politiemotorfiets niet tot stilstand heeft weten te brengen binnen de afstand waarover de weg te overzien en vrij was.

Het hof neemt daarbij in aanmerking dat verdachte met zijn motorfiets op dat fietspad reed in het kader van een verkeerscontrole van bromfietsen en derhalve op dat punt op goede gronden gebruik maakte van de hiervoor weergegeven vrijstelling. Dit is ook de reden dat het hof, anders dan de rechtbank, niet wettig en overtuigend bewezen acht dat verdachte geen voorrang heeft verleend aan een voor hem van rechts komende fietsster. Ingevolge de vrijstelling behoeft verdachte de van rechts komende fietsster immers geen voorrang te verlenen.

Anders dan de rechtbank acht het hof van de tenlastegelegde feitelijke gedragingen evenmin bewezen dat verdachte met een hogere snelheid heeft gereden dan ter plaatse, gezien de gezichtsbeperking vanwege de hoge beplanting en voor de uitvoering van de op dat moment aan hem opgedragen taak, verantwoord was. [...]

De vraag is vervolgens of de bewezenverklaarde feitelijke gedragingen, gegeven de aard en de ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval, de conclusie kunnen rechtvaardigen dat verdachte schuld heeft aan het verkeersongeval in de zin van artikel 6 [WVV 1994]. Het gedrag van ver-

dachte moet daarvoor worden afgemeten tegen dat wat van een politiemotorrijder in het algemeen en gemiddeld genomen mag worden verwacht. Het hof is van oordeel dat in dit geval weliswaar aan verdachte kan worden verweten dat hij zijn motorfiets niet tijdig tot stilstand heeft gebracht binnen de afstand waarover de weg te overzien en vrij was, maar dat die gedraging in dit geval niet zodanig ernstig is dat deze oplevert een verwijtbaarheid in de zin van artikel 6 [WVW 1994].'

Hoge Raad, onder meer:

2.4. Het middel klaagt ten eerste dat het Hof zijn vrijspraak van het primair tenlastegelegde feit heeft gebaseerd op een onjuiste uitleg van het in de Beschikking onder III sub b opgenomen voorschrift dat van de vrijstelling slechts gebruik mag worden gemaakt voor zover dit voor de uitvoering van de opgedragen taken noodzakelijk is.

2.5. Het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte in het kader van een verkeerscontrole van bromfietsen – en daarom op goede gronden – gebruik heeft gemaakt van de vrijstelling. Aldus heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat de gedragingen van de verdachte noodzakelijk waren voor de uitvoering van de aan hem opgedragen taken, zodat de klacht faalt.

2.6. Het middel klaagt voorts dat niet blijkt dat het Hof de gedragingen van de verdachte heeft getoetst aan het onder III sub a in de Beschikking opgenomen voorschrift, inhoudende dat de veiligheid van het verkeer zoveel mogelijk dient te worden gewaarborgd, en evenmin dat het Hof dit voorschrift in samenhang met de onder III sub b bedoelde noodzaak heeft gezien.

2.7. Deze klacht berust op een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte in het kader van het voor de uitvoering van zijn opgedragen taak noodzakelijke gebruik van de wettelijke vrijstelling met zijn motorfiets op het verplichte fietspad mocht rijden en geen voorrang behoefde te verlenen aan de voor hem van rechts komende fietsster. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de verdachte niet onverantwoord snel heeft gereden en aldus niet heeft gehandeld in strijd met het onder III sub a in de Beschikking opgenomen voorschrift de veiligheid van het verkeer zoveel mogelijk te waarborgen. Wel heeft het Hof geoordeeld dat de verdachte de verkeersveiligheid onvoldoende heeft gewaarborgd doordat hij zijn motorfiets niet tot stilstand heeft weten te brengen binnen de afstand waarover de weg te overzien en vrij was, zodat hij in zoverre in strijd heeft gehandeld met voornoemd voorschrift. Het oordeel van het Hof dat de verdachte op

grond van dat een en ander geen schuld treft in de zin van art. 6 WVW 1994 is niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd. Daar aan doet niet af het oordeel van het Hof dat de gedragingen van de verdachte wel het in art. 5 WVW 1994 bedoelde gevaar hebben veroorzaakt.

2.8. De klacht faalt.

2.9. Opmerking verdient nog het volgende. In de Beschikking is art. 88 RvV 1990, waarin de Minister een niet nader beperkte bevoegdheid werd toegekend ten behoeve van openbare diensten vrijstelling van de in het RvV 1990 opgenomen bepalingen te verlenen, als wettelijke basis genoemd. De Beschikking moet evenwel worden geacht thans haar grond te vinden in art. 147, eerste lid, WVW 1994, het wettelijk voorschrift dat art. 88 RvV nadien heeft vervangen. Uit de omstandigheid dat de vrijstelling naar luid van art. 147, eerste lid, WVW 1994 kan worden verleend 'voor het gebruik van de weg' kan niet worden afgeleid dat de vrijstelling slechts op bepaalde verkeersregels of verkeerstekens betrekking kan hebben, in aanmerking genomen dat in de toelichting bij de Beschikking is vermeld dat 'is gekozen voor een algehele vrijstelling van de bepalingen van het RvV 1990' en uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 147 WVW 1994 niet blijkt dat met de woorden 'gebruik van de weg' is beoogd dat de vrijstelling tot bepaalde voorschriften is beperkt.

Volgt verworping van het beroep. ●

1214

16 april 2013, nr. 11/04486 J
(Mrs. W.A.M. van Schendel, B.C. de Savornin Lohman, J. de Hullu, H.A.G. Splinter van Kan en Y. Buruma)
(Na conclusie van A-G Machielse, strekkende tot vernietiging en terugwijzing; adv. mr. C.C. Peterse, 's-Gravenhage)
LJN BY5706

Cautieverzuim en bewijsuitsluiting. In geval van een cautieverzuim is de ruimte beperkt om na afweging van de in art. 359a lid 2 Sv genoemde factoren af te zien van uitsluiting van de na het verzuim van verdachte verkregen verklaring (vgl. HR 19 februari 2013, LJN BY5322, NJB 2013/565).
Hoge Raad schetst drie gevallen waarin die ruimte er kan zijn.

(EVRM art. 6; Sv art. 29 en 359a)

Inleiding:

Jeugdzaak. Verdachte is veroordeeld wegens het aanbrengen van graffiti op een muur van

een trappenhuis van een brug (openlijk in vereniging geweld plegen tegen die muur). Voor de bewezenverklaring heeft het hof gebruik gemaakt van een proces-verbaal van bevindingen van de politie, onder meer inhoudende: 'Ik [verbalisant] vroeg [verdachte] of hij wel eens ergens een tag zette en vroeg hem deze tag voor mij op een stuk papier te zetten. Ik verbalisant zag dat [verdachte] een tag maakte. De tag betrof "SOS". Ik, verbalisant zag op de foto dat er op de plaats alwaar gezien was dat [verdachte] graffiti zou hebben aangebracht een "S" stond geschreven in dezelfde lijn en stijl als de "S" die hij had getekend op papier. Ik zag dat de stiften die in beslag genomen waren onder de verdachte qua dikte overeenkwamen met de lijndikte van de getekende "S". In hoger beroep verzoekt de verdediging dit gesprek, net als de Kinderrechter heeft gedaan, uit te sluiten van bewijs omdat het een gesprek is geweest waarbij de cautie niet is gegeven, terwijl bovendien noch de moeder noch de raadsman aanwezig waren en ook niet op de hoogte waren van het gesprek, terwijl [verdachte] wel in zijn belangen is geschaad door te voldoen aan het verzoek de 'tag' te plaatsen. Het middel klaagt dat het hof het proces-verbaal voor het bewijs heeft gebezigd, in weerwil van het tot bewijsuitsluiting strekkend verweer dat de verdachte voorafgaand aan dat verhoor niet is meegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.

Hoge Raad, onder meer:

2.3. Art. 29, tweede lid, Sv beoogt de verdachte te behoeden tegen ongewilde medewerking aan zijn eigen veroordeling. Ingevolge die bepaling dient de verdachte voor zijn verhoor te worden medegedeeld, dat hij niet verplicht is tot antwoorden. In de tweede volzin van het derde lid van art. 29 Sv is bepaald dat die mededeling in het proces-verbaal wordt opgenomen.

2.4. Indien zodanige mededeling achterwege is gebleven bij een verhoor in het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem tenlastegelegde feit, is sprake van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv. Dan komt toepassing van bewijsuitsluiting van het door dit verzuim verkregen bewijsmateriaal in aanmerking omdat een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden, mede in aanmerking genomen dat de mededeling aan de verdachte dat hij niet verplicht is tot antwoorden, noodzakelijk is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM.

In dat geval is de ruimte beperkt om na afweging van de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren af te zien van

bewijsuitsluiting (vgl. HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322, rov. 2.4.1-2.4.4). Van het afzien van bewijsuitsluiting kan slechts sprake zijn indien de rechter op gronden die rechtstreeks verband houden met de verklaring van de verdachte, de wijze waarop en de omstandigheden waaronder deze is verkregen, en/of de processuele houding van de verdachte en/of de raadsman dienaangaande tot het oordeel komt dat de verdachte door het achterwege blijven van die mededeling niet in zijn verdediging is geschaad (vgl. HR 20 januari 1981, *LJN* AC7103, *NJ* 1981/339).

2.5. Blijkens het hiervoor onder 2.2.2 weergegeven voor het bewijs gebezigde proces-verbaal van bevindingen heeft de verbalisant aan de verdachte vragen gesteld die bezwaarlijk anders kunnen worden opgevat dan als vragen betreffende zijn betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit ten aanzien waarvan hij als verdachte was aangemerkt. Derhalve was sprake van een verhoor als bedoeld in art. 29, tweede lid, Sv. Het Hof had, gelet op het hiervoor onder 2.2.3 weergegeven verweer, de verklaring van de verdachte daarom slechts tot het bewijs mogen bezigen indien het had vastgesteld dat genoemde mededeling niettemin was gedaan, dan wel dat de verdachte geacht mocht worden door het ontbreken van de mededeling niet in zijn verdediging te zijn geschaad. Nu het Hof daaromtrent niets heeft vastgesteld is de bewezenverklaring onvoldoende met redenen omkleed.

2.6. Het middel is terecht voorgesteld. Volgt vernietiging en terugwijzing. ●

1215

16 april 2013, nr. 11/03551 M
(Mrs. A.J.A van Dorst, B.C. de Savornin Lohman en N. Jörg)
(Na conclusie van A-G Machielse, strekken- de tot verwerping; adv. mr. H.J.G. Dudink, Beverwijk)
LJN BZ7150

Een verweer tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie omdat het een tegenonderzoek onmogelijk heeft gemaakt zodat sprake is van een schending van art. 6 EVRM, is een verweer als bedoeld in art. 358 lid 3 Sv waarvan de verwerping dient te voldoen aan de motiveringseis uit de eerste (en niet de tweede) volzin van art. 359 lid 2 Sv. Tegenonderzoek: de opvatting dat de verdachte steeds recht heeft op een tegenonderzoek vindt geen steun in het recht. Equality of arms: de onmogelijkheid om op gelijke wijze als het openbaar ministerie onderzoeksresultaten in het geding te bren-

gen, hoeft niet in de weg te staan – en in casu doet het dat niet – aan een eerlijke procesvoering.

(EVRM art. 6; Sv art. 358 lid 3 en 359 lid 2)

Inleiding:

Militaire zaak. Verdachte is veroordeeld wegens overtreding van art. 6 WvW 1994. Van belang voor de hieronder besproken middelen is dat de verdediging niet de mogelijkheid had een tegenonderzoek te doen verrichten aan de door hem bestuurde auto doordat het openbaar ministerie de auto had laten vernietigen.

Hoge Raad, onder meer:

3. Beoordeling van het tweede en het derde middel

3.1. Het derde middel bevat de klacht dat het Hof in strijd met art. 359, tweede lid tweede volzin, Sv heeft verzuimd in het bijzonder de redenen op te geven waarom het is afgeweken van een door de verdediging naar voren gebracht uitdrukkelijk onderbouwd standpunt inzake de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Het tweede middel klaagt dat het Hof het verweer dat het Openbaar Ministerie in de vervolging niet-ontvankelijk dient te worden verklaard ten onrechte, althans op ontoereikende gronden heeft verworpen. De middelen lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

3.2. Het bestreden arrest houdt, voor zover voor de beoordeling van de middelen van belang, het volgende in:

‘De raadsman heeft primair betoogd dat het openbaar ministerie heeft gehandeld in strijd met het “fair trial-beginsel” van artikel 6 EVRM en 14 IVBPR en in het bijzonder het beginsel van “Equality of Arms”, nu de auto en de banden niet zijn veilig gesteld. Nu nader onderzoek aan de auto in het belang van de verdediging door het openbaar ministerie feitelijk onmogelijk is gemaakt, kan er geen sprake meer zijn van een gelijkwaardige mogelijkheid om gegevens naar voren te brengen of het gepresenteerde bewijs van het openbaar ministerie te betwisten. Het openbaar ministerie dient daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard. Het hof overweegt daartoe het volgende. Het hof acht het betreurenswaardig dat de auto en de banden niet meer voor onderzoek beschikbaar zijn, maar ziet geen enkele aanleiding te denken dat er sprake is van een doelbewuste handeling van het openbaar ministerie om het bewijsmateriaal te vernietigen. Er is geen sprake van doelbewuste en grove veronachtzaming van de belangen van verdachte. De raadsman heeft aangevoerd dat het, doordat de auto is vernietigd, onmogelijk is om de

onschuld van verdachte aan te tonen. Echter het aantonen van de onschuld is niet de taak van de verdediging. Het openbaar ministerie moet de schuld aantonen. Als het openbaar ministerie dat niet kan, dan volgt een vrij-spraak. Als een bewijsmiddel niet meer kan worden onderzocht en er twijfel rijst ten aanzien van dat bewijsmiddel dan is dat niet in het nadeel van de verdachte, maar in het nadeel van het openbaar ministerie.

Het hof verwerpt het verweer.’

3.3. De klacht dat ‘s Hof’s motivering niet voldoet aan het in art. 359, tweede lid tweede volzin, Sv gegeven motiveringsvoorschrift ten aanzien van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, stuit af op de omstandigheid dat het hier een verweer betreft als bedoeld in art. 358, derde lid, Sv. Dienaangaande geldt het motiveringsvoorschrift van de eerste volzin van eerstgenoemde bepaling (vgl. HR 29 april 2008, *LJN* BB8977, *NJ* 2009/130, rov. 6.3).

3.4. Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg komt slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginse-len van een goede procesorde waardoor doel-bewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan (vgl. HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, *NJ* 2004/376, rov. 3.6.5).

3.5. Het Hof heeft uitgesloten dat het Openbaar Ministerie doelbewust tot vernietiging van bewijsmateriaal is overgegaan en dat sprake is van doelbewuste of grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte. Dat oordeel is ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk en kan in cassatie niet verder worden getoetst. Het Hof heeft het gevoerde verweer verworpen op gronden die de verwerping kunnen dragen.

3.6. De middelen falen.

4. Beoordeling van het eerste middel

4.1. Het middel bevat de klacht dat het Hof het beroep op schending van art. 6, eerste lid, EVRM doordat de verdachte de mogelijkheid is onthouden een tegenonderzoek naar de oorzaak van de slijtage van de achterbanden van de auto te doen verrichten, ten onrechte althans ontoereikend gemotiveerd heeft verworpen.

4.2. Vooropgesteld moet worden dat de eis van een eerlijke procesvoering kan meebrengen dat aan een verzoek tot het doen verrichten van een tegenonderzoek gevolg behoort te worden gegeven. Of zich zo een geval voor-doet is afhankelijk van de omstandigheden van de desbetreffende zaak (vgl. HR 8 februa-

ri 2005, *LJN* AR7228, *NJ* 2005/514, rov. 3.5).

4.3. Voor zover het middel uitgaat van de opvatting dat de verdachte steeds recht heeft op een tegenonderzoek, faalt het aangezien die opvatting geen steun vindt in het recht.

4.4. Doch ook voor zover in het middel ervan wordt uitgegaan dat de verdachte in dit geval ten onrechte de mogelijkheid van een tegenonderzoek is onthouden, is het tevergeefs voorgesteld. In de bestreden uitspraak ligt als het oordeel van het Hof besloten dat de onmogelijkheid om op gelijke wijze als het Openbaar Ministerie onderzoeksresultaten in het geding te brengen, niet in de weg behoeft te staan – en in casu ook niet staat – aan een eerlijke procesvoering. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is – mede gelet op het verhandelde ter terechtzitting – niet onbegrijpelijk. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat uit het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep kan worden afgeleid dat de verdediging in de gelegenheid is gesteld de verkeersongevalsanalisten die het onderzoek hebben uitgevoerd, als getuige-deskundige te ondervragen en dat zij hun aan de hand van foto's van de banden om commentaar heeft gevraagd op haar stelling dat de achterbanden niet door normaal gebruik maar door het zijdelings schuiven tijdens het ongeval zijn afgesleten tot de in de bewezenverklaring vermelde profieldiepte.

4.5. Het middel is tevergeefs voorgesteld. Volgt verwerping van het beroep. ●

Centrale Raad van Beroep

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. A.B.J. van der Ham, vice-president van de Centrale Raad van Beroep, en mr. J.E. Jansen, hoofd Wetenschappelijk bureau van de Centrale Raad van Beroep.

1216

26 maart 2013, nr. 10/3242 WWB e.a.
(Mrs. Roelofs, Bandringa, Schut)
LJN BZ5559

Stelselmatig weigeren arbeidscontract. Verlagen bijstand met 100% over twee, vier en acht maanden. Geen schending artikel 8 EVRM.

(WWB art. 18 lid 2; EVRM art. 8)

(....)

Overwegingen

1.3. Bij besluit van 19 januari 2009 heeft het college, gelet op de voorgeschiedenis van het

geval, afgezien van verlaging van de bijstand van appellant met 100% gedurende een maand op de grond dat hij de op hem rustende arbeidsverplichtingen niet is nagekomen door aangeboden arbeid bij Werkcenter/NUL255 te weigeren en volstaan met een waarschuwing. Bij besluit van 23 maart 2009 heeft het college de bijstand van appellant over de maanden april en mei 2009 met 50% verlaagd op de grond dat appellant opnieuw de genoemde arbeidsverplichting niet is nagekomen. Bij besluit van 30 juni 2009 heeft het college de bijstand van appellant over de maanden juli en augustus 2009 met 100% verlaagd op de grond dat appellant niet heeft gereageerd op een uitnodiging voor een gesprek bij het Werkcenter BV te IJmuiden en dat hij daardoor wederom de op hem rustende arbeidsverplichting niet is nagekomen. Bij besluit van 13 oktober 2009 (bestreden besluit 1) heeft het college het bezwaar tegen het besluit van 30 juni 2009 ongegrond verklaard.

1.4. Bij besluit van 1 november 2010 heeft het college de bijstand van appellant over de maand november 2010 met 100% verlaagd op de grond dat hij een aangeboden arbeidscontract bij de Meergroep in Heemskerk heeft geweigerd. Bij besluit van 30 november 2010 heeft het college de bijstand van appellant over de maanden december 2010 en januari 2011 met 100% verlaagd op de grond dat appellant opnieuw afwijzend heeft gereageerd op een arbeidsaanbod van de Meergroep. Bij besluit van 16 maart 2011, na bezwaar gehandhaafd bij besluit van 19 juli 2011 (bestreden besluit 2), heeft het college de bijstand van appellant met 100% verlaagd gedurende vier maanden (van maart tot en met juni 2011) op de grond dat hij stelselmatig weigert een aangeboden arbeidscontract bij de Meergroep te accepteren.

1.5. Bij besluit van 12 juli 2011 heeft het college de bijstand van appellant met ingang van 1 juli 2011 over acht maanden met 100% verlaagd, opnieuw op de grond dat hij stelselmatig weigert een aangeboden arbeidscontract bij de Meergroep te accepteren. Bij besluit van 24 januari 2012 (bestreden besluit 3) heeft het college het bezwaar tegen het besluit van 12 juli 2011 in zoverre gegrond verklaard dat de duur van de verlaging van de bijstand is teruggebracht tot vier maanden.

2. Bij de aangevallen uitspraken 1, 2 en 3 heeft de rechtbank de beroepen tegen respectievelijk bestreden besluit 1, bestreden besluit 2 en bestreden besluit 3 ongegrond verklaard.

3. Appellant heeft zich tegen de aangevallen uitspraken gekeerd. Naar de mening van appellant leiden de in geding zijnde verlagin-

gen van de bijstand met 100% gedurende meerdere maanden tot een inbreuk op zijn privé-leven en zijn deze daarom in strijd met artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Appellant voert aan dat bij de uitleg van en toetsing aan het EVRM rekening moet worden gehouden met andere 'elements' (essentiële onderdelen) van internationaal recht dan het EVRM, met de uitleg van zulke 'elements' door bevoegde organen en met de praktijk van de lidstaten waarin hun gezamenlijke waarden tot uitdrukking komen. In dit verband is volgens appellant van belang dat het Europees Comité voor Sociale Rechten van oordeel is dat artikel 13 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) weliswaar toestaat dat een relatie wordt gelegd tussen de hoogte van de uitkering en de bereidheid om te werken, maar niet dat de uitkering volledig wordt ontnomen waardoor het individu van alle bestaansmiddelen verstoken blijft. Deze betekenis van artikel 13 van het ESH is van belang bij de uitleg en toetsing van artikel 8 van het EVRM. Bovendien is van belang dat de opgelegde maatregelen niet gericht waren op gedragsverandering van appellant, maar om hem te straffen. Appellant was uit principe niet bereid een zogeheten Meerkansbaan te accepteren, zodat de opgelegde maatregelen niet zijn te beschouwen als een reële prikkel om een dergelijke baan te accepteren. Bovendien kan appellant niet inzien dat het ontnemen van zijn privé-leven en zijn woning nog in verhouding staan tot het gestelde doel, zodat evenmin aan de proportionaliteitseis is voldaan.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat appellant de op hem rustende arbeidsverplichtingen heeft geschonden en dat de door het college toegepaste verlagingen van de bijstand van appellant, zoals gehandhaafd bij bestreden besluiten 1 en 2 en vastgesteld bij bestreden besluit 3, in overeenstemming zijn met de toepasselijke bepalingen van het nationale recht. Zoals besproken ter zitting, is uitsluitend in geding of de door het college toegepaste verlagingen van de bijstand in strijd zijn met artikel 8 van het EVRM en de bestreden besluiten om die reden moeten worden vernietigd.

4.2. De Raad stelt onder verwijzing naar zijn uitspraken van 22 december 2008, *LJN* BG8776 en BG8789 en 14 maart 2011, *LJN* BP6843 voorop dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) respect voor menselijke waardigheid en menselijke vrijheid als 'the very essence' van het EVRM aanmerkt. Het in artikel 8 van het EVRM besloten liggende recht op respect voor het

privé-leven van een persoon omvat mede de fysieke en psychische integriteit van die persoon en is in de eerste plaats erop gericht, zonder inmenging van buitenaf, de ontwikkeling van de persoonlijkheid van elke persoon in zijn betrekkingen tot anderen te waarborgen. Het artikel beoogt niet alleen de staten tot onthouding van inmenging te dwingen, maar kan onder omstandigheden ook inherente positieve verplichtingen meebrengen die noodzakelijk zijn voor een effectieve waarborg van het recht op privé-leven. Daarbij hebben kinderen en andere kwetsbare personen in het bijzonder recht op bescherming. Het EHRM heeft meerdere malen geoordeeld dat artikel 8 van het EVRM ook relevant is in zaken die betrekking hebben op de besteding van publieke middelen. Daarbij is wel van belang dat in een dergelijk geval aan de Staat een extra ruime 'margin of appreciation' toekomt.

4.3. Ten aanzien van bestreden besluit 1 heeft de gemachtigde van appellant ter zitting erkend dat onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld om een geslaagd beroep op artikel 8 EVRM te kunnen doen. Dit betekent dat dit hoger beroep niet slaagt en de aangevallen uitspraak 1 moet worden bevestigd.

4.4. Bij de beoordeling van bestreden besluiten 2 en 3 zijn de uitgangspunten van de WWB van belang. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de WWB kent deze wet een drietal uitgangspunten. In de eerste plaats dient de eigen verantwoordelijkheid van de burger centraal te staan om al datgene te doen wat nodig en mogelijk is om in het eigen bestaan te voorzien. Pas als mensen niet in staat blijken te zijn in het eigen bestaan te voorzien hebben zij een aanspraak op de overheid hen daarbij te ondersteunen. In de tweede plaats dient de gemeente zo goed mogelijk te zijn toegerust om de burger te helpen op weg naar werk en hem indien nodig daarbij een inkomenswaarborg te bieden. In de derde plaats dient de regelgeving zo te zijn ingericht dat gemeenten een zo groot mogelijke beleidsruimte en beleidsverantwoordelijkheid hebben om het doel van de wet te realiseren (*Kamerstukken II 2002/03, 28 870, nr.3, blz.2*). Kernelement van bijstandsverlening was en blijft het uitgangspunt van de Algemene Bijstandswet dat een ieder die niet op eigen kracht in het bestaan kan voorzien recht heeft op bijstand van overheidswege en dat daarmee voor een ieder een menswaardig bestaan is gegarandeerd. Iedereen die het op eigen kracht niet redt heeft recht op vrijwaring van armoede (*Kamerstukken I 2003/04, 28 870 en 28 960, B, blz. 1-2*).

4.5.1. Aangenomen kan worden dat appellant

door de verlagingen van de bijstand met 100% voor de duur van in totaal acht maanden, beperkt is in de ontwikkeling van zijn persoon in relatie tot anderen, maar niet is gebleken dat hij onevenredig nadelige gevolgen van die verlagingen heeft ondervonden in verhouding tot de publieke belangen betrokken bij de afstemming van bijstand. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.5.2. Appellant had, zoals het college ter zitting heeft toegelicht, ten tijde hier van belang op elk moment alsnog kunnen ingaan op het werkaanbod bij de Meergroep en zich aldus een inkomen kunnen verwerven dat hoger was dan de toepasselijke bijstandsnorm. Het is de eigen verantwoordelijkheid van appellant om daarvan al dan niet gebruik te maken. Als appellant op dit aanbod was ingegaan had hij op eigen kracht in zijn bestaan kunnen voorzien. Daarbij wordt aangetekend dat uit de gedingstukken en het verhandelde ter zitting niet is gebleken dat appellant gegronde of anderszins te respecteren bezwaren had tegen aanvaarding van het aanbod van de Meergroep. De directe aanleiding voor het opleggen van de maatregel, die bij het bestreden besluit 2 is gehandhaafd, was niet dat appellant bezwaren had tegen het betreffende werk, maar dat hij zich niet kon verenigen met het aanbod van de zijde van het college van een tweedehands fiets, omdat hem een nieuwe fiets zou zijn toegezegd. Daargelaten dat uit de gedingstukken van een dergelijke toezegging niets blijkt, had appellant de aangeboden tweedehands fiets kunnen en moeten accepteren om daarmee dagelijks de afstand van zijn woning naar de werklocatie te overbruggen. Voor de stelling van appellant dat het college hem onheus heeft bejegend en onaantvaardbare druk heeft uitgeoefend, zijn geen aanknopingspunten aanwezig. Dat, zoals uit de gedingstukken naar voren komt, het aanvaarden van werk met een inkomen boven bijstandsniveau naar verwachting voor appellant niet tot een inkomensverbetering zou leiden omdat zijn schuldeisers loonbeslag zouden leggen, kan evenmin als een steekhoudend argument worden aangemerkt. Dat appellant bij het tekenen van het contract nog geen volledige duidelijkheid had over de precieze aard van het werk en dat, in zijn beleving, bij de Meergroep mensen werken die niet helemaal 100% zijn en dat hij daar niet tussen wilde zitten, vormt evenmin een plausibele reden voor zijn weigerachtige opstelling.

4.5.3. Daarnaast is van belang dat appellant in eerste instantie door middel van leningen van familieleden en vrienden in de essentiële kosten van het bestaan heeft kunnen voorzien. Nadat appellant medio 2011 van de

Belastingdienst een, zij het grotendeels onterecht, bedrag van circa € 10 000 had ontvangen, heeft hij bovendien op schulden kunnen aflossen en van het resterende bedrag in zijn levensonderhoud kunnen voorzien. Weliswaar is medio 2011 de huurovereenkomst vanwege een huurschuld ontbonden, maar tot ontruiming van de woning van appellant is het niet gekomen, omdat hij een betalingsregeling met zijn verhuurder heeft kunnen treffen. Appellant is voorts niet langer dan twee of drie dagen verstoken geweest van energie in zijn woning. Bovendien heeft appellant ter zitting verklaard dat hij regelmatig en zonder vergoeding steun biedt aan personen uit de Turkse gemeenschap in zijn woonplaats en dat hij zonodig ook zelf vanuit die gemeenschap wordt ondersteund.

4.6. De omstandigheid dat appellant ervoor heeft gekozen stelselmatig het werkaanbod van het college af te wijzen en dat hij, zoals in hoger beroep aangevoerd 'liever sterft dan voor het college te buigen' doet niet af aan de strekking van de opgelegde maatregelen als prikkel om zijn gedrag bij te stellen in de door het college, dat belast is met de uitvoering van de WWB, gewenste richting. Zoals de Raad meermalen heeft overwogen (CRvB 14 maart 2011, *I/JN BP6843*) hebben maatregelen als hier aan de orde geen punitief karakter. Dat appellant de opgelegde maatregelen als een straf ervaart, leidt niet tot een ander oordeel.

4.7. Gelet op de hiervoor geschetste omstandigheden kan niet wordt geoordeeld dat bestreden besluiten 2 en 3 wegens strijd met artikel 8 van het EVRM niet in stand kunnen blijven. Dit betekent dat ook de aangevallen uitspraken 2 en 3 voor bevestiging in aanmerking komen. ●

1217

9 april 2013, nr. 11/1805 WWB
(Mrs. Claessens, Kasdorp, Wagner)
I/JN BZ6642

Fax met mededeling in aanmerking te willen komen voor een bijstandsuitkering is een aanvraag. Ontbreken melding als bedoeld in artikel 44, tweede lid, van de WWB.

(Awb art. 1:3, 4:1, 4:2, WWB art. 41 en 44)

(....)

Overwegingen

1.1. Appellante heeft de Marokkaanse nationaliteit. De Staatssecretaris van Justitie heeft bij besluit van 10 februari 2009 aan appellant

te een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd verleend onder de beperking familiebezoek voor de periode van 21 november 2008 tot 8 april 2009. Bij besluit van 18 september 2009 heeft de Staatssecretaris van Justitie de aanvraag van appellante van 12 maart 2009 om haar verblijfsvergunning te wijzigen in een verblijfsvergunning onder de beperking verruimde gezinshereniging afge-
wezen.

1.2. Met een fax van 25 september 2009 (fax-bericht) gericht aan de gemeente Rotterdam, afdeling bijstand, heeft mr. Karkache namens appellante, onder vermelding van haar naam en adresgegevens, het volgende meegedeeld: 'Cliënte wenst in aanmerking te komen voor een bijstandsuitkering op grond van de WWB. Cliënte heeft geen enkele vorm van inkomsten. Ik verzoek u mij deze aanvraag te bevestigen en conform de Awb te behandelen.'

1.3. Per e-mail van 30 september 2009 (e-mailbericht) heeft M. Visser, klantmanager werk van de deelgemeente Hoek van Holland, mr. Karkache het volgende meegedeeld: 'Namens [naam mw.] heeft u zich via een fax gewend tot het deelgemeente kantoor Hoek van Holland, deze fax is aan mij doorge-
stuurd. Ik heb vanochtend met uw kantoor contact opgenomen om u de aanvraagprocedure voor een uitkering uit te leggen, omdat u vandaag onbereikbaar bent nu deze mail: Inwoners van de deelgemeente Hoek van Holland dienen zich voor een aanvraag om bijstand te wenden tot het UWV Werkplein te Schiedam (...). Zij doen een intake en beoordelen op welke uitkering (vermoedelijk) recht is. Igv bijstand/IOAW wordt de aanvraag vervolgens doorgestuurd naar ons. (...) Ik kan daarom op dit moment alleen uw fax bevestigen en u doorverwijzen naar de juiste instantie.'

1.4. Bij bezwaarschrift van 10 maart 2010, door het college ontvangen op 12 maart 2010, heeft mr. Karkache namens appellante bezwaar gemaakt tegen het niet tijdig nemen van een besluit op de aanvraag van 25 september 2009. Tegelijkertijd heeft mr. Karkache de voorzieningenrechter van de rechtbank verzocht om ten aanzien van appellante een voorlopige voorziening te treffen. Bij uitspraak van 29 april 2010 heeft de voorzieningenrechter dit verzoek afgewezen.

1.5. Het college heeft appellante bij brief van 30 maart 2010 verzocht aanvullende gegevens te verstrekken om de door het college op 12 maart 2010 ontvangen bijstandsaanvraag te kunnen beoordelen. Bij besluit van 27 oktober 2010 heeft het college aan appellante bijstand op grond van de Wet werk en bijstand (WWB) toegekend met ingang van 12 maart 2010, omdat op die datum bij het college een aanvraag om bijstand was ingediend.

1.6. Bij besluit van 23 juni 2010 (bestreden besluit) heeft het college, voor zover van belang, het bezwaar tegen het niet tijdig nemen van een besluit niet-ontvankelijk verklaard op de grond dat het faxbericht niet kan worden beschouwd als het doen van een aanvraag om bijstand. Voorts heeft het college in het bestreden besluit overwogen dat het e-mailbericht geen bevestiging is van een aanvraag, maar een doorverwijzing naar de juiste instantie om een aanvraag te kunnen indienen, en dat het bezwaarschrift van 10 maart 2010 uit coulance is aangemerkt als een aanvraag om bijstand.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep ongegrond verklaard. Aan haar oordeel dat het college het bezwaar van appellante tegen het niet tijdig nemen van een besluit terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, heeft de rechtbank, voor zover van belang, het volgende ten grondslag gelegd (waarbij voor eiseres appellante dient te worden gelezen en voor verweerder het college): 'Deze fax kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden beschouwd als het doen van een aanvraag. Aan een aanvraag om een WWB-uitkering gaat een melding aan het UWV vooraf. (...) De rechtbank houdt het er echter voor dat appellante zich niet bij het UWV heeft gemeld voor de aanvraag van een bijstandsuitkering (...). Er is in deze constellatie geen aanvraag gedaan op grond waarvan verweerder een besluit kon nemen. De rechtbank ziet onder deze omstandigheden geen aanleiding voor het oordeel dat niet adequaat is gereageerd op de fax.'

3. Appellante heeft in hoger beroep, samen-
gevat, het volgende aangevoerd. Het faxbericht moet worden aangemerkt als een aanvraag om bijstand, omdat het voldoet aan de eisen die aan een aanvraag worden gesteld. Het college had appellante in ieder geval de gelegenheid moeten geven om eventuele aan die aanvraag klevende gebreken te herstellen. Appellante en haar zoon hebben zich gemeld bij de dienst sociale zaken Alexanderpolder. Aan hen is toen meegedeeld dat zij de aanvraag niet konden toelichten, omdat appellante niet in het bezit was van een geldige verblijfsvergunning. Van dit bezoek aan de dienst bestaat geen registratie. Omdat het feitelijk niet mogelijk was om een aanvraag in te dienen, is gekozen voor een vormvrije aanvraag per fax.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Ingevolge artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt onder een besluit verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Ingevolge het tweede lid wordt onder een beschikking verstaan: een besluit dat

niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan. Ingevolge het derde lid wordt onder aanvraag verstaan: een verzoek van een belanghebbende een besluit te nemen.

4.2. Ingevolge artikel 4:1 van de Awb wordt, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, de aanvraag tot het geven van een beschikking schriftelijk ingediend bij het bestuursorgaan dat bevoegd is op de aanvraag te beslissen.

4.3. Ingevolge artikel 4:2, eerste lid, van de Awb wordt de aanvraag ondertekend en bevat deze ten minste:

- a. de naam en het adres van de aanvrager;
- b. de dagtekening;
- c. een aanduiding van de beschikking die wordt gevraagd.

4.4. Ingevolge artikel 41, eerste lid, van de WWB is de aanvraag gericht tot het college en wordt overeenkomstig artikel 30c van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet Suwi) ingediend bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV). Na overdracht van de aanvraag door het UWV aan het college wordt de aanvraag verder behandeld door het college.

4.5. Artikel 43, eerste lid, van de WWB bepaalt dat het college het recht op bijstand op schriftelijke aanvraag of, indien een schriftelijke aanvraag niet mogelijk is, ambtshalve vaststelt.

4.6. Artikel 44, eerste lid, van de WWB bepaalt dat indien door het college is vastgesteld dat recht op bijstand bestaat, de bijstand wordt toegekend vanaf de dag waarop dit recht is ontstaan, voor zover deze dag niet ligt voor de dag waarop de belanghebbende zich heeft gemeld om bijstand aan te vragen. Het tweede lid, voor zover hier van belang, bepaalt dat de belanghebbende zich heeft gemeld als zijn naam, adres en woonplaats zijn geregistreerd en hij in staat is gesteld zijn aanvraag in te dienen bij het UWV als het een aanvraag betreft als bedoeld in artikel 41, eerste lid.

4.7. De zoon van appellante heeft ter zitting van de Raad toegelicht dat appellante zich samen met hem zonder resultaat heeft begeven naar de balie van de dienst sociale zaken Alexanderpolder. Op grond van de toen verkregen informatie kwam appellante niet in aanmerking voor bijstand, omdat zij niet over een geldige verblijfsvergunning beschikte. Hierna heeft de raadsman de belangen van appellante verder behartigd, aldus de zoon. Hieruit blijkt genoegzaam dat appellante zich voorafgaand aan het faxbericht van 25 september 2009 niet heeft gemeld bij het UWV als bedoeld in artikel 44, tweede lid, van de WWB.

4.8. Zoals de Raad eerder heeft overwogen (CRvB 5 juni 2012, *IJN* BW8071), volgt uit

artikel 44 van de WWB dat de melding en de aanvraag twee te onderscheiden juridische begrippen zijn. Met het faxbericht heeft mr. Karkache beoogd voor appellante een aanvraag om bijstand te doen als bedoeld in artikel 1:3, derde lid, van de Awb in verbinding met artikel 41, eerste lid, van de WWB. Het faxbericht voldoet voorts aan het in artikel 4:1 van de Awb en artikel 43, eerste lid, van de WWB opgenomen schriftelijkheidsvereiste en aan de in artikel 4:2, eerste lid, van de Awb geformuleerde vereisten. Het faxbericht is immers ondertekend, vermeldt naam en adres van appellante en specificeert de verzochte uitkering.

4.9. Uit 4.8 volgt dat het college het faxbericht ten onrechte niet heeft aangemerkt als een aanvraag om bijstand als bedoeld in artikel 1:3, derde lid, van de Awb in verbinding met artikel 41, eerste lid, van de WWB. Dat voorafgaand aan het faxbericht geen melding als bedoeld in artikel 44, tweede lid, van de WWB heeft plaatsgevonden en dat het faxbericht niet door het UWV is ontvangen, doet er niet aan af dat het faxbericht als een aanvraag moet worden aangemerkt. Reeds om die reden dient het eerst ter zitting van de Raad door het college ingenomen standpunt dat het faxbericht niet als een aanvraag moet worden aangemerkt, maar als een melding als bedoeld in artikel 44, tweede lid, van de WWB, te worden verworpen.

4.10. Vaststaat dat de in artikel 4:13 van de Awb bedoelde redelijke termijn van acht weken, waarbinnen het college op de bij het faxbericht ingediende aanvraag om bijstand diende te beslissen, ten tijde van het indienen van het bezwaarschrift van 10 maart 2010 ruimschoots was verstreken. Ter zitting van de Raad heeft het college gesteld dat, zo het faxbericht is aan te merken als een aanvraag om bijstand, het e-mailbericht moet worden gezien als een geboden mogelijkheid om het verzuim - het niet melden - te herstellen. Voor zover het college hiermee heeft willen betogen dat de beslistermijn is opgeschort, slaagt dit betoog niet. Het e-mailbericht is niet te beschouwen als een uitnodiging de aanvraag aan te vullen, reeds omdat daarin niet is vermeld in welk opzicht en binnen welke termijn de aanvraag moet worden aangevuld.

4.11. Uit 4.8 tot en met 4.10 volgt dat het college het bezwaar tegen het niet tijdig nemen van een besluit op de bij het faxbericht ingediende aanvraag ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. De rechtbank heeft dit niet onderkend, zodat de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking komt. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen zal de Raad het beroep gegrond verklaren en het bestreden besluit,

voor zover daarbij het bezwaar tegen het niet tijdig nemen van een besluit niet-ontvankelijk is verklaard, vernietigen wegens strijd met de wet. In de omstandigheid dat het college ter zitting van de Raad heeft verklaard dat, uitgaande van een bij het faxbericht ingediende aanvraag om bijstand, met ingang van 28 september 2009 geen beletsen bestonden om appellante bijstand te verlenen, ziet de Raad tevens aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, aanhef en onder c, van de Awb te bepalen dat het college aan appellante over de periode van 28 september 2009 tot en met 11 maart 2010 bijstand verleent naar de voor haar toepasselijke norm. ●

1218

16 april 2013, nr. 11/915 WWB
(Mrs. Kooijman, Bandringa, Korte)
LJN BZ7385

De wijze waarop de rechtbank in het geval van appellante gestalte heeft gegeven aan de informele bestuurlijke lus, verdraagt zich daarom niet met de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt.

(EVRM art. 6)

(...)

Overwegingen

1.2. Bij besluit van 25 mei 2009 (bestreden besluit) heeft het college het bezwaar tegen het besluit van 23 oktober 2008 ongegrond verklaard met dien verstande dat de kosten van de sinds 16 oktober 2007 aan [M.] verleende bijstand tot een bedrag van € 8168,95 mede van appellante worden teruggevorderd. Daaraan heeft het college ten grondslag gelegd dat appellante en [M.] sinds 16 oktober 2007 een gezamenlijke huishouding voeren en dat [M.] daarvan geen melding heeft gemaakt bij het college.

2.1. Appellante heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld. De rechtbank heeft het beroep behandeld ter zitting van 25 november 2009. De rechtbank heeft bij beslissing van 15 december 2009 het onderzoek heropend en de zaak verwezen naar de meervoudige kamer. In die beslissing heeft de rechtbank het college voorts verzocht zijn standpunt nader te onderbouwen, zoals in de op 15 december 2009 aan het college toegezonden brief is omschreven. Die brief luidt, voor zover hier van belang, als volgt waarbij voor verweerder college en voor eiseres appellante gelezen moet worden: 'Over de periode vanaf 16 oktober 2007 tot

en met 23 oktober 2008 (...) stelt verweerder zich op het standpunt dat eiseres met de heer [M.] aan de [adres 1] te [plaatsnaam] een gezamenlijke huishouding voerde. De rechtbank verzoekt verweerder hierbij (...) dit standpunt nader te onderbouwen. Daartoe acht de rechtbank nadere – door de sociale recherche opgenomen en in ambtsedig opgemaakte processen-verbaal neergelegde – verklaringen van de buurtbewoners [getuige 1], [getuige 3] en [getuige 2] noodzakelijk. Uit die verklaringen zal moeten blijken hoe lang zij aan de [adres 1] woonachtig zijn, wat hun relatie tot eiseres en de heer [M.] was/is en op grond van welke door hen geconstateerde feiten of omstandigheden (bijvoorbeeld hoe vaak zagen zij de heer [M.] in de woning en/of waren er vaste momenten waarop zij constateerden dat [M.] in de woning aanwezig was) zij tot de conclusie zijn gekomen dat de heer [M.] tegelijkertijd met eiseres en haar zoon op de [adres 1] is komen wonen en hij over de gehele periode in geding woonachtig was op de [adres 1].'

Appellante heeft bij brief van 5 januari 2010 geprotesteerd tegen deze handelwijze van de rechtbank. De sociale recherche heeft op 21 januari 2010 [getuige 1], [getuige 3] en [getuige 2] opnieuw als getuige gehoord. Het college heeft die verklaringen aan de rechtbank gezonden en appellante heeft bij brief van 26 maart 2010 daarop gereageerd. Het beroep is vervolgens behandeld ter zitting van de meervoudige kamer van de rechtbank van 9 juli 2010.

2.2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank overwogen dat uit de onder 2.1 geciteerde brief voortvloeit dat zij de door het college aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde verklaringen van de buurtbewoners onvoldoende acht en dat het bestreden besluit om die reden onvoldoende is gemotiveerd. De rechtbank heeft voorts overwogen dat met de in beroep door het college overgelegde aanvullende verklaringen van de buurtbewoners voldoende feitelijke grondslag bestaat voor het standpunt van het college dat [M.] in de periode van 16 oktober 2007 tot 1 juni 2008 (te beoordelen periode) zijn hoofdverblijf heeft gehad op het adres van appellante en dat de verklaringen van [M.] en appellante voldoende feitelijke grondslag bieden voor de conclusie dat sprake is van wederzijdse zorg. Volgens de rechtbank heeft het college zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat appellante in de betreffende periode met [M.] een gezamenlijke huishouding heeft gevoerd. Gelet op die overwegingen heeft de rechtbank – met beslissingen inzake proceskosten en griffierecht – het beroep tegen het bestreden besluit gegrond verklaard, het bestreden

besluit vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel in stand blijven. De rechtbank heeft voorts een beslissing gegeven over de door appellante gemaakte kosten in verband met de behandeling van het bezwaar.

3. Appellante heeft zich in hoger beroep op hierna te bespreken gronden tegen de aangevallen uitspraak gekeerd voor zover daarbij de rechtsgevolgen van het vernietigde bestreden besluit in stand zijn gelaten. Appellante heeft verzocht het college te veroordelen in de in beroep en in hoger beroep gemaakte proceskosten.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Appellante heeft aangevoerd dat de rechtbank haar beslissing niet op de aanvullende verklaringen van de buurtbewoners had mogen baseren. Ten onrechte heeft de rechtbank het onderzoek heropend en het college in de gelegenheid gesteld om zijn standpunt nader te onderbouwen en daarbij specifiek aangegeven op welke wijze dat dient te geschieden om daarmee alsnog een gezamenlijke huishouding te kunnen aannemen. Volgens appellante is finale geschilbeslechting niet aan de orde, omdat een door het college genomen ambtshalve beslissing met voor appellante negatieve gevolgen aan de orde is en geen besluit op een aanvraag. Voor zover de heropeningsbeslissing door de rechtbank is afgegeven vooruitlopend op de wettelijke regeling van de bestuurlijke lus, stelt appellante dat de bestuurlijke lus is bedoeld om het bestuursorgaan nog tijdens de beroepsprocedure de gelegenheid te bieden om gebreken in een besluit te herstellen. Het feit dat de rechtbank de verklaringen die het college aan de gezamenlijke huishouding ten grondslag heeft gelegd, onvoldoende acht om een gezamenlijke huishouding aan te nemen, kan niet als een zodanig gebrek gelden. Voor zover het al noodzakelijk zou zijn dat buurtbewoners nadere verklaringen afgeven, ligt het in de rede dat dit plaatsvindt ten overstaan van de rechtbank en in aanwezigheid van appellante, aangezien ook appellante dan in de gelegenheid zou zijn gesteld om vragen te stellen aan de desbetreffende buurtbewoners. Volgens appellante heeft de rechtbank wel erg specifiek aangegeven wat door de buurtbewoners dient te worden verklaard om de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te kunnen laten. Dit verdraagt zich niet met het beginsel van equality of arms en de overige eisen die artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) stelt.

4.2. Zoals de Raad eerder heeft overwogen (CRvB 3 november 2010, *IJN* BO3646) behoort de bestuursrechter bij een (te ver-

wachten) vernietiging van een besluit op kenbare wijze de mogelijkheden tot definitieve beslechting van het geschil te onderzoeken. Dit houdt in dat de bestuursrechter eerst dient na te gaan of de rechtsgevolgen van een te vernietigen besluit in stand kunnen worden gelaten dan wel of hij zelf in de zaak kan voorzien. Ligt één van deze mogelijkheden redelijkerwijs niet binnen bereik, dan dient de bestuursrechter na te gaan of een – formele dan wel informele – bestuurlijke lus een reële mogelijkheid is.

4.3. In de artikelen 8:33, 8:46 en 8:60 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is – onder meer en kort samengevat – bepaald dat de rechtbank getuigen kan horen, hen daartoe tijdens het vooronderzoek of voor het onderzoek ter zitting kan oproepen en dat die getuigen dan verplicht zijn om te verschijnen en een verklaring af te leggen.

4.4. Gelet op hetgeen onder 4.2 is overwogen en anders dan appellante heeft betoogd, behoort de bestuursrechter ook de mogelijkheden tot definitieve beslechting van het geschil te onderzoeken indien het geschil betrekking heeft op een door het bestuursorgaan ambtshalve genomen besluit dat voor de betrokkene nadelige gevolgen heeft. Ook de beroepsgrond van appellante dat geen sprake was van een gebrek in het bestreden besluit dat hangende beroep bij de rechtbank via een informele bestuurlijke lus kon worden hersteld treft geen doel. Volgens de rechtbank boden de op 23 oktober 2008 door de buurtbewoners afgelegde verklaringen onvoldoende grondslag voor het standpunt van het college dat appellante en [M.] in de te beoordelen periode hun hoofdverblijf hadden in dezelfde woning. Aan een besluit dat op onvoldoende feitelijke grondslag berust, kleefde een gebrek. Van een dergelijk gebrek kan niet worden gezegd dat per definitie de mogelijkheid van herstel via een informele bestuurlijke lus is uitgesloten. Voor zover appellante heeft aangevoerd dat de rechtbank gebruik had moeten maken van haar bevoegdheid om met toepassing van de onder 4.3 genoemde bepalingen de buurtbewoners als getuigen te horen, slaagt ook deze beroepsgrond niet. Uit de onder 2.1 geciteerde brief kan worden afgeleid dat de rechtbank in de toen voorhanden informatie geen aanleiding zag gebruik te maken van haar bevoegdheid om de buurtbewoners als getuigen te horen om te kunnen beoordelen of appellante en [M.] in de te beoordelen periode een gezamenlijke huishouding voerden. De omstandigheid dat appellante in de gelegenheid zou zijn gesteld om aan de buurtbewoners vragen te stellen indien zij door de rechtbank als getuigen zouden worden gehoord en die mogelijkheid niet heeft bij

een verhoor door de sociale recherche, betekent niet dat de rechtbank ten onrechte geen gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om de buurtbewoners als getuigen te horen. Van belang is in dit verband dat ook appellante deze buurtbewoners kon benaderen en hen desgewenst als getuige zou kunnen oproepen.

4.5. Het onder 2.1 weergegeven verzoek van de rechtbank aan het college om zijn standpunt inzake de gezamenlijke huishouding van appellante en [M.] nader te onderbouwen is zeer gedetailleerd. De rechtbank achtte het noodzakelijk dat de buurtbewoners door de sociale recherche opnieuw zouden worden gehoord en dat hun verklaringen in ambtsedig opgemaakte processen-verbaal zouden worden neergelegd. Voorts heeft de rechtbank nauwkeurig aangegeven op welke punten de sociale recherche de buurtbewoners zou moeten bevragen. Door haar verzoek zo minutieus te formuleren, heeft de rechtbank de schijn gewekt zich te verbinden met het mogelijke resultaat van het door het college op haar verzoek verrichte onderzoek. Bij appellante kon daardoor de indruk ontstaan dat de rechtbank haar onbevangenheid had verloren bij de beoordeling van de mogelijke verweren en bewijzen van appellante. De wijze waarop de rechtbank in het geval van appellante gestalte heeft gegeven aan de informele bestuurlijke lus, verdraagt zich daarom niet met de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt. De beroepsgrond van appellante dat de rechtbank ten onrechte haar beslissing op de aanvullende verklaringen van de buurtbewoners heeft gebaseerd treft dan ook doel.

4.6. Uit hetgeen onder 4.5 is overwogen, vloeit voort dat de aangevallen uitspraak, voor zover daarbij de rechtsgevolgen van het vernietigde bestreden besluit in stand zijn gelaten, voor vernietiging in aanmerking komt. De Raad dient aansluitend te bezien, welk vervolg hij aan deze uitkomst geeft.

4.7. Artikel 59, tweede lid, van de WWB bepaalt, voor zover van belang, dat indien de bijstand als gezinsbijstand aan gehuwden had moeten worden verleend, maar zulks achterwege is gebleven, omdat de belanghebbende de verplichtingen als bedoeld in artikel 17 van de WWB niet of niet behoorlijk is nagekomen, de kosten van bijstand mede kunnen worden teruggevorderd van de persoon met wiens middelen als bedoeld in paragraaf 3.4 bij de verlening van bijstand rekening had moeten worden gehouden. Voor de vaststelling of appellante die persoon is, is vereist dat zij in de te beoordelen periode met [M.] een gezamenlijke huishouding als bedoeld in artikel 3, derde lid, van de WWB heeft gevoerd. Ingevolge laatstgenoem-

de bepaling is van een gezamenlijke huishouding sprake indien twee personen hun hoofdverblijf in dezelfde woning hebben en zij blijf geven zorg te dragen voor elkaar door middel van een bijdrage in de kosten van de huishouding danwel anderszins.

4.8. Het besluit tot medeterugvordering van kosten van bijstand is een voor de betrokkene belastend besluit, waarbij het aan het bijstandsverlenend orgaan is om de nodige kennis over de relevante feiten te vergaren. Dat betekent dat de last om aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor medeterugvordering is voldaan in beginsel op het bijstandsverlenend orgaan rust.

4.9. Gelet op wat onder 4.5 is overwogen, dienen bij de beoordeling of voldoende feitelijke grondslag bestaat voor een gezamenlijke huishouding de verklaringen die [getuige 1], [getuige 2] en [getuige 3] op 21 januari 2010 ten overstaan van de sociale recherche hebben afgelegd, buiten beschouwing te blijven. De Raad heeft aanleiding gezien [getuige 1], [getuige 2] en [getuige 3] als getuigen op te roepen. [getuige 1] en [getuige 2] hebben op de nadere zitting van 5 maart 2013 als getuige een verklaring afgelegd. [getuige 3] heeft bij brief van 6 februari 2013 meegedeeld in verband met haar gezondheid aan die oproep geen gehoor te kunnen geven. Bij een op 25 februari 2013 ingekomen brief heeft zij desgevraagd een medische verklaring ingezonden. Gelet op de inhoud van die medische verklaring heeft de Raad ervan afgezien [getuige 3] te houden aan haar verplichting om als getuige een verklaring af te leggen. Op de nadere zitting van 5 maart 2013 hebben partijen daarmee ingestemd.

4.10. Appellante heeft betoogd dat ook met de aanvullende verklaringen van de [getuige 1] en [getuige 2] op de nadere zitting van de Raad op 5 maart 2013 onvoldoende feitelijke grondslag bestaat voor het standpunt dat appellante en [M.] in de te beoordelen periode hun hoofdverblijf in dezelfde woning hadden. In dat verband heeft appellante gesteld dat uit de verklaringen van de buurtbewoners onvoldoende blijkt op grond van welke concrete feiten en omstandigheden zij tot de conclusie komen dat [M.] in de te beoordelen periode op het adres van appellante woonde. Voorts is onvoldoende gewicht toegekend aan de verklaringen van appellante en [M.] dat [M.] pas met ingang van 1 juli 2008 een kamer huurt in de woning van appellante en dus vanaf die datum aldaar zijn hoofdverblijf heeft en aan de door appellante ingebrachte verklaringen waaruit blijkt dat [M.] op het uitkeringsadres en op de camping in [plaatsnaam] heeft verbleven.

4.11. Het college heeft betoogd dat de aanvullende verklaringen die [getuige 1] en [getui-

ge 2] op de nadere zitting van de Raad op 5 maart 2013 hebben afgelegd, weliswaar weinig nieuws bieden ten opzichte van de verklaringen die zij op 23 oktober 2008 hebben afgelegd, maar dat op basis van de verklaringen die de buurtbewoners (onder wie [getuige 1] en [getuige 2]) op 23 oktober 2008 hebben afgelegd, gezien in samenhang met de verklaringen van appellante en [M.] van dezelfde datum, aannemelijk is te achten dat appellante en [M.] in de te beoordelen periode hun hoofdverblijf hadden in dezelfde woning. Volgens het college is in dit geval ook aan het criterium van wederzijdse zorg voldaan.

4.12. Vaststaat dat appellante gedurende de hier te beoordelen periode woonde op het adres [adres 1] te [plaatsnaam]. Partijen zijn verdeeld over het antwoord op de vraag of ook [M.] gedurende die periode op dat adres zijn hoofdverblijf had. Uit de verklaringen die appellante en [M.] tegenover de sociale recherche hebben afgelegd kan niet worden afgeleid dat [M.] in de te beoordelen periode zijn hoofdverblijf had in de woning van appellante. [M.] heeft weliswaar verklaard dat hij minstens drie tot vier keer per week in de woning van appellante is, maar hoe lang deze bezoeken hebben geduurd komt in zijn verklaring niet naar voren. De verklaring van appellante dat [M.] gedurende de te beoordelen periode heel vaak bij haar was en dat [M.] net zo vaak bij haar kon verblijven als zij wilden, biedt evenmin voldoende duidelijkheid. Ook de verklaringen die de buurtbewoners op 23 oktober 2008 hebben afgelegd bieden onvoldoende grondslag voor het standpunt dat [M.] in de te beoordelen periode zijn hoofdverblijf in de woning van appellante had. Die verklaringen zijn summier. Uit die verklaringen kan worden afgeleid dat de buurtbewoners de indruk hadden dat [M.] vanaf de zomer 2007 in de woning van appellante woonde, maar zij noemen slechts weinig concrete feiten en omstandigheden waarop die indruk is gebaseerd. Daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat appellante niet heeft weersproken dat [M.] gedurende de te beoordelen periode heel vaak bij haar was. Van belang is verder dat toen de buurtbewoners hun verklaringen aflegden [M.] al enkele maanden (volgens appellante vanaf 1 juli 2008) op het adres van appellante woonachtig was en dat uit de verklaringen van de buurtbewoners vaak niet kan worden opgemaakt of de door hen genoemde feiten en omstandigheden zien op de periode in geding. Van belang is voorts dat [getuige 2] op 5 maart 2013 heeft verklaard weinig zicht te hebben op de woning van appellante en vanuit die woning niets hoorde. Zij had de indruk dat [M.] bij appellante woonde omdat

zij hem af en toe in [adres 1] tegenkwam. [getuige 1] heeft op 5 maart 2013 verklaard dat zij [M.] regelmatig de woning van appellante zag binnengaan, maar zij heeft ook verklaard dat zij gedurende de hier te beoordelen periode weinig thuis was. Verder is opmerkelijk dat beide getuigen de aanwezigheid van [M.] in de woning van appellante relateerden aan een auto van een kleur en merk of vorm, die eerst na de te beoordelen periode op naam van [M.] stond. De door de zoon op 3 april 2012 als getuige afgelegde verklaring voegt hieraan niets toe, juist omdat, zoals uit zijn verklaring volgt, door de verschillende leefwijzen van hem, appellante en [M.] zijn zicht op de feitelijke situatie in de woning op het adres van appellante beperkt was.

4.13. Hetgeen onder 4.12 is overwogen betekent dat het college niet aannemelijk heeft gemaakt dat appellante en [M.] in de te beoordelen periode hun hoofdverblijf hadden in dezelfde woning en een gezamenlijke huishouding voerden. Dat betekent dat het college niet bevoegd was de over de te beoordelen periode aan [M.] verleende bijstand mede van appellante terug te vorderen. Gelet op het tijdsverloop is onaannemelijk dat dit gebrek nog kan worden hersteld. In aanmerking genomen dat het college in het bestreden besluit het standpunt heeft ingenomen dat geen grond bestaat voor terugvordering van appellante van de kosten van de aan [M.] over periode van 28 oktober 2003 tot 16 oktober 2007 verleende bijstand, ziet de Raad in het voorgaande aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, aanhef en onder c, van de Awb het besluit van 23 oktober 2008 te herroepen. ●

College van Beroep voor het Bedrijfsleven

Deze rubriek wordt verzorgd door mw. mr. A. Bruining en mw. mr. J.M.M. Bancken, beiden auditeur bij het College.

1219

18 april 2013
nr. AWB 13/250
(Mr. Van Zutphen)
LJN BZ7358

Verzoek om voorlopige voorziening tegen last onder bestuursdwang. Geen spoedeisend belang nu de last reeds is uitgewerkt.

(Algemene wet bestuursrecht art. 8:81)
Bij besluit van 9 april 2013 heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken (Nederland-

se Voedsel- en Warenautoriteit) aan vleesgroothandel Willy Selten BV en Wiljo BV een last onder bestuursdwang opgelegd. Daarbij zijn de ondernemingen gelast om vóór 10 april 2013, 08.00 uur procedures in te leiden om alle partijen vlees die zij vanaf 1 januari 2011 tot en met 15 februari 2013 hebben geproduceerd en be/verwerkt uit de handel te nemen. De Staatssecretaris (hierna: verweerder) heeft te kennen gegeven dat indien de ondernemingen (hierna: verzoeksters) de last niet binnen de gestelde termijn uitvoeren, de last zal worden overgenomen. Verzoeksters hebben bezwaar gemaakt tegen de last onder bestuursdwang. Tevens hebben zij zich op 11 april 2013 tot de voorzieningenrechter van het College gewend met het verzoek een voorlopige voorziening te treffen, inhoudend dat de last wordt geschorst. De zitting heeft plaatsgevonden op 16 april 2013. De voorzieningenrechter heeft het verzoek afgewezen omdat het vereiste spoedeisende belang ontbreekt. De voorzieningenrechter heeft daartoe overwogen dat de termijn die aan verzoeksters is gegeven om aan de last te voldoen op het moment van indiening van het verzoek om voorlopige voorziening reeds was verstreken. Voorts stelt de voorzieningenrechter vast dat verweerder de last daadwerkelijk heeft overgenomen en daaraan feitelijk uitvoering heeft gegeven. Op 10 april 2013 is aan alle Nederlandse afnemers van verzoeksters een brief verstuurd, waarin de afnemer is gewezen op zijn verantwoordelijkheden betreffende het traceren van alle door verzoeksters geleverde partijen vlees en is meegedeeld dat producten die met dit vlees zijn bereid uit voorzorg van de markt moeten worden gehaald. De Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (hierna: NVWA) verwacht uiterlijk 24 april 2013 bericht te hebben ontvangen van de afnemers aangaande de genomen acties. De voorzieningenrechter heeft tevens vastgesteld dat de NVWA op 10 april 2013 een persbericht heeft uitgebracht betreffende de tractering en het van de markt halen van partijen vlees van verzoeksters. Dit leidt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat (spoedeisend) belang ontbreekt. De last is immers uitgewerkt en verweerder heeft de last overgenomen en daaraan feitelijk uitvoering gegeven door het inleiden van procedures om alle partijen vlees uit de handel te nemen. Schorsing van de last is derhalve niet meer aan de orde. Ter zitting is nog aan de orde geweest of er gelet op de aard en de inhoud van de last en gegeven het feit dat de in de last genoemde termijn is verstreken niettemin sprake is van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel behoren te leiden. De voorzieningen-

rechter is van oordeel dat daarvan geen sprake is. Het voorkomen van administratieve procedures voor de door verweerder aangeschreven afnemers van verzoekster is geen belang van verzoeksters. Evenmin hebben verzoeksters spoedeisend belang bij het verminderen van de maatschappelijke onrust die de last heeft veroorzaakt. Tot slot kan geen spoedeisend belang worden ontleend aan het verkopen van partijen vlees die verzoeksters thans nog in hun bezit hebben. De last ziet immers niet op deze partijen vlees. Volgt: afwijzing van het verzoek. ●

1220

21 maart 2013
nr. AWB 10/1327
(Mrs. Van Lierop, Winter en Verbeek)
LJN BZ7802

Afwijzing verzoek om registratie in het architectenregister. Geen gereguleerde opleiding. Niet voldaan aan ervaringseis uit artikel 6 lid 2 van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties.

(Wet op de Architectentitel; Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties; Richtlijn 2005/36/EG van het Europees parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties)

Appellante heeft aan de Universiteit van Minsk een baccalaureaatsgraad behaald in de richting architectuur. Dit diploma heeft in een eerdere procedure niet geleid tot inschrijving in het architectenregister. Appellante werkt sinds januari 2004 bij een architectenbureau in Baarn. Op 6 november 2009 heeft zij een master of arts (MA) behaald aan de Architectural Association School of Architecture (AA) te Londen voor de opleiding: 'approved programme in Housing and Urbanism'. In verband met het behalen van haar MA heeft appellante op 11 januari 2010 op grond van artikel 10, eerste lid, onder g van de Wet op de Architectentitel verzocht om als stedenbouwkundige in het architectenregister te worden ingeschreven. Bij besluit van 3 juni 2010 heeft het Bureau Architectenregister (hierna: verweerder) afwijzend op het verzoek beslist. Bij besluit van 1 november 2010 (hierna: het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van appellante ongegrond verklaard. Appellante heeft vervolgens beroep ingesteld bij het College. In beroep voert appellante aan dat het onbegrijpelijk is dat zij niet voor registratie als stedenbouwkundige in aanmerking komt. De door haar gevolgde opleiding is een geregle-

menteerde opleiding, zodat verweerder het verzoek had moeten toetsen aan artikel 2 van de Wet op de Architectentitel. Volgens appellante is dan ook ten onrechte getoetst aan artikel 6, tweede lid van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties. Appellante acht de daarin opgenomen eis van twee jaar werkervaring als stedenbouwkundige in een andere lidstaat van de EU onzinnig. Bovendien is die eis volgens appellante in strijd met Richtlijn 2005/36/EG van het Europees parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (hierna: de Richtlijn), nu de Richtlijn juist wil bevorderen dat onderdanen overal in de EU kunnen werken. Appellante doet voorts een beroep op het gelijkheidsbeginsel, nu een Nederlandse architect met hetzelfde diploma wel is ingeschreven in het architectenregister. In artikel 1 van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties wordt een gereguleerde opleiding gedefinieerd als een opleiding die specifiek op een bepaald beroep is gericht en die bestaat uit een studiecycclus waarvan de structuur en het niveau bij of krachtens de wet zijn vastgesteld, in voorkomen geval aangevuld met een beroepsopleiding, beroepsstage of praktijkervaring, waarvan de structuur en het niveau bij of krachtens de wet zijn vastgesteld. Het College stelt vast dat het beroep van stedenbouwkundige in het Verenigd Koninkrijk niet is gereguleerd. Uit de gedingstukken blijkt voorts dat de door appellante gevolgde opleiding een 'postgraduate' opleiding betreft, die zowel open staat voor praktiserende architecten en stedenbouwkundigen als ook voor andere beroepsgroepen. De opleiding is vooral gericht op (aanvullende) academische verdieping. Het College is van oordeel dat verweerder terecht de conclusie heeft getrokken dat niet wordt beoogd dat afgestudeerden aan de AA met alleen een opleiding Housing and Urbanism gekwalificeerde beroepsbeoefenaren zijn en dat daarom geen sprake is van een gereguleerde opleiding als bedoeld in artikel 1 van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificatie. Het College merkt daarbij op dat dit niet afdoet aan de kwaliteit en de internationale gerenommeerdheid van de opleiding. Deze aspecten spelen bij de vraag of sprake is van een gereguleerde opleiding echter geen rol. Nu het beroep van stedenbouwkundige in het Verenigd Koninkrijk niet is gereguleerd en de door appellante gevolgde opleiding Housing and Urbanism evenmin als een gereguleerde opleiding kan worden aangemerkt, heeft verweerder de aanvraag van appellante terecht getoetst aan artikel 6,

tweede lid, van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties. Ter beoordeling staat derhalve of verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat niet is voldaan aan de in dat artikellid genoemde ervaringseis dat het beroep voorafgaand aan de aanvraag gedurende twee jaren voltijds dan wel een gelijkwaardige periode deeltijds is uitgeoefend in een andere lidstaat dan Nederland waar het beroep niet is gereglementeerd.

Het College is allereerst van oordeel dat deze ervaringseis niet in strijd met de Richtlijn moet worden geacht. Artikel 6, tweede lid van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties betreft immers de implementa-

tie van artikel 13, tweede lid, van de Richtlijn en bevat dezelfde eis als die in de Richtlijn wordt gesteld.

Ten aanzien van het standpunt van appellante dat zij het onzinnig acht dat haar in Nederland opgedane werkervaring niet relevant is voor de ervaringseis uit artikel 6, tweede lid van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties, wordt overwogen dat het College niet treedt in de inhoudelijke beoordeling van die eis.

Het College stelt vervolgens vast dat appellante haar werkervaring als stedenbouwkundige in Nederland heeft opgedaan en niet in een andere lidstaat dan Nederland waar het beroep van stedenbouwkundige niet is gere-

glementeerd. Verweerder heeft zich derhalve terecht op het standpunt gesteld dat niet is voldaan aan de ervaringseis als bedoeld in artikel 6, tweede lid, van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties.

Het beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt niet, nu geen sprake is van een gelijk geval. De Nederlandse architect naar wie appellante verwijst heeft, zo is gebleken, ook andere diploma's aan de AA behaald, die in andere EU-lidstaten tot automatische erkenning leiden.

Volgt: ongegrondverklaring van het beroep. ●

AANWIJZINGEN VOOR AUTEURS

Het verdient aanbeveling vóór het inzenden van artikelen contact op te nemen met het redactiebureau; dit kan dubbel of vergeefs werk voorkomen.

Het NJB kent verschillende soorten hoofdartikelen. Voor alle artikelen geldt dat de auteur in de eerste alinea's duidelijk maakt aan de NJB-lezers waarom dit artikel interessant is om verder te lezen.

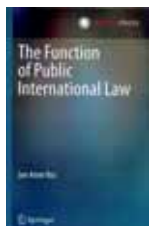
- **Wetenschappelijke artikelen:** omvang inclusief notenapparaat 3 000 tot maximaal 5 000 woorden. Uitgebreidere versies kunnen op de NJB-site worden geplaatst. Deze artikelen voldoen aan de maatstaven van het wetenschappelijk forum. Zij vermeerderen de bestaande kennis met relevante nieuwe inzichten die methodisch worden verantwoord.
- Auteurs van wetenschappelijke artikelen kunnen de redactie verzoeken hun artikel aan peer review te laten onderwerpen. Meer informatie op www.njb.nl onder Voor Auteurs
- **Lessen voor de praktijk:** indicatie van de omvang inclusief notenapparaat 2 500 woorden. Dit is een analyse van een expert met als doel de praktijk te informeren over 'best practices'.
- **Focus:** indicatie van de omvang inclusief notenapparaat 2500 woorden. Deze artikelen geven een schets en ordening van interessante actuele ontwikkelingen in een deelgebied.
- **Essays:** indicatie van de omvang 3 000 woorden. Dit is een prikkelende beschouwing over een breder onderwerp. Verwijzingen staan bij voorkeur in de tekst zelf.

- **Opinies** zijn in beginsel gebonden aan de omvang van één pagina. Dit is 800 woorden.
- Bijdragen voor de rubriek **O&M** omvatten maximaal 1200 woorden.
- Bijdragen voor de rubriek **Reacties** blijven binnen de 600 woorden en een naschrift binnen de 300 woorden.

- Noten kunnen alleen bij artikelen worden geplaatst; daarin geen meningen, toelichtingen of andere uitweidingen, maar alleen vindplaatsen.
- Meestal ontvangt de auteur binnen 1 maand bericht of de inzending zal worden geplaatst.
- Artikelen of andere bijdragen die elders in dezelfde of vrijwel dezelfde vorm zijn of worden gepubliceerd worden niet aanvaard. Bij inzending dient vermeld te worden of en waar het artikel of de andere bijdrage eveneens ter plaatsing is aangeboden.
- Auteurs die bij een zaak of onderwerp waarover zij in het NJB willen schrijven, betrokken zijn of zijn geweest, dienen dat in een voetnoot te vermelden met een korte uitleg van de aard van hun betrokkenheid.
- Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het NJB impliceert toestemming voor openbaarmaking en veelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van het NJB.

Een uitgebreide toelichting op het bovenstaande is te lezen in de brochure Schrijven voor het NJB, te vinden op www.njb.nl onder Voor Auteurs

The function of public international law



This book addresses fundamental aspects of the concept of public international law in both theory and practice. The argument developed by the author is that, underlying the traditional, horizontal, structure of public international law, a vertical structure of the concept of law may be discerned. This vertical structure is seen unfolding into two, mutually exclusive, frameworks: a framework of obligation, accounting for obligations, and a framework of authorization, accounting for rights. The problem then arising is that a concept of public international law which only admits either rights or obligations cannot be regarded as coherent. The author, however, takes and substantiates the position that coherence can be achieved by suppressing the mutual exclusivity of both frameworks. This move paves the way to formulating the function of public international law in terms of the constituting of international society. •

Jan Anne Vos

T.M.C. Asser Press 2013, 300 p., € 105,99

ISBN 978 90 6704 860 6

Partner- en kinderalimentatie

Knelpunten en voorstellen voor verbetering

Deze bundel verschijnt in het vervolg van het symposium 'Partner- en kinderalimentatie: knelpunten en voorstellen voor verbetering' dat op 9 mei 2012 werd georganiseerd door het Amsterdams Centrum voor Familie-recht (ACFL) en de rechtbank Amsterdam. Het boek bevat bijdragen van rechters, academici en advocaten waarin recente ontwikkelingen op het gebied van kinder- en partneralimentatie worden behandeld. De daarop betrekking hebbende jongste (wets)voorstellen uit 2012 worden tevens besproken. Naar aanleiding van deze voorstellen worden diverse suggesties voor verbetering van alimentatierecht gedaan.

De volgende onderwerpen komen aan bod:

- de geldigheid van kinderalimentatieovereenkomsten;
- de knelpunten van kinderalimen-

tatie vanuit het perspectief van de rechter;

- de alternatieve methode ('methode-Bol') van berekening van kinderalimentatie;
- wat kan Nederland leren van een zestal buitenlandse kinderalimentatiestelsels?;
- de toepassing van het onderscheid tussen de grondslagen van partneralimentatie en debetvindingen uit een empirisch onderzoek naar het draagvlak voor partneralimentatie;
- de verbetering van privaat- en fiscaalrechtelijke aspecten van partneralimentatie;
- de knelpunten van partneralimentatie vanuit het perspectief van de rechter;
- het verschaffen van een executorial titel aan een alimentatieovereenkomst door de rechter. •

Masha Antokolskaia en Bart Breederveld (red.)

NILG - Familie & Recht (deel 6)

Boom Juridische uitgevers 2013, 121 p., € 30

ISBN 978 90 8974 768 6

Achtergestelde vorderingen



In deze monografie staat de achterstelling centraal. Diverse praktijktoepassingen passen daarbij de revue. Ingegaan wordt op de rechtsposities van partijen en van derden die

rechten aan het contract ontlelen.

De belangrijkste gevolgen worden besproken, met bijzondere aandacht voor insolventievraagstukken. Eerdere drukken van deze monografie verschenen in 1997 (nr. 54 in de serie Studiepockets privaatrecht) en in 2006. •

Prof. mr. B. Wessels

Monografieën Privaatrecht 6 (derde druk)

Kluwer 2013, 116 p., € 38

ISBN 978 90 1310 835 4

International Courts and the Development of International Law

Essays in Honour of Tullio Treves

This book contains a collection of essays by experts linked to the characteristics of the scholar in honour of whom it is published, Tullio Treves, who combines his academic background with his practical experiences of a negotiator of international treaties and a judge of an international

tribunal. It covers international public and private law related to international courts and the development of international law.

Under Article 38 of its Statute, the International Court of Justice can apply judicial decisions only as a "subsidiary means for the determination of rules of law". However, there are many reasons to believe that international courts and tribunals do play quite an important role in the progressive development of international law. There are a number of decisions which are inevitably recalled as the first step, or a decisive step, in the process of the formation of a new rule of customary international law. In these cases, can the judge be considered as a subsidiary of others? Are these cases compatible with the common belief that a judge cannot create law? Is this a peculiarity of international law, which is characterized by the existence of several courts but the lack of a legislator? Do decisions by different courts lead to the consequence of a fragmented international law? This volume provides the reader with an elaboration of various questions linked to the legislative role of courts. •

N. Boschiero, T. Scovazzi, C. Pitea, C. Ragni (Eds.)

T.M.C. Asser Press 2013, XXXIX + 951 p., € 211,95

ISBN 978 90 6704 893 4

Kroniek van het strafrecht 2012

Overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in het straf(proces)recht, inclusief het penitentiair recht in 2012. De Kroniek is geschreven door leden van de vakgroep strafrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij worden hierbij aangevuld met specialisten van buiten.

De Kroniek van het strafrecht is opgebouwd volgens een vast stramien:

1. wetgeving (inclusief beleidsregels, uitvoeringsbesluiten e.d.);
2. rechtspraak: een overzicht van de in 2012 gepubliceerde jurisprudentie, aan de hand van bepaalde thema's en deelgebieden.
3. literatuur: belangrijke studieboeken, dissertaties, rapporten e.d. •

prof.mr. H.J.B. Sackers en prof.mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen

Kluwer 2013, 276 p., € 24,99

ISBN 978 90 1311 526 0

1222

Burgerlijk (proces) recht**Bouwrecht**

50e jrg. nr. 4, april 2013

*Mr. L. Mundt, mr. J.M. Henriquez, BR 2013/51***Kroniek civielrechtelijk bouwrecht 2011 (deel II)**

– Dit is het vervolg op deel I van de kroniek civielrechtelijk bouwrecht die is gepubliceerd in *BR* 2013/17. In deel I zijn de uitspraken van arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw besproken uit de periode 1 januari 2011 tot en met 30 juni 2011. In dit deel komen uitspraken van 1 juli 2011 tot en met 31 december 2011 aan bod en de meest relevante uitspraken van de civiele rechter op het gebied van aanneming van werk. De uitspraken zijn onderverdeeld in hoofdonderwerpen en daarbij behorende subonderwerpen.

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

Nr. 4, 2013

*L.P. Broekveldt, NTBR 2013/15***Algemeen bewijsbeslag: tekort in huidig recht (art. 730 jo. art. 843a Rv) én in komend recht**

– Zowel in de literatuur als in de rechtspraak bestaat verschil van mening over de vraag of art. 730 jo. art. 843 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een voldoende juridische basis vormen voor het leggen van een algemeen conservatoir bewijsbeslag. Gelet op de tekst, de wetsgeschiedenis en de strekking van dit artikel is dit volgens schr. niet het geval. Schr. doet een aantal suggesties voor herziening van dit artikel en pleit voor een regeling van het bewijsbeslag.

*Mr. M.Y. Schaub, NTBR 2013/16***Twee regelingen voor elektronische algemene voorwaarden in het BW**

– Dienstverleners als bedoeld in de Dienstenrichtlijn kunnen op grond van art. 6:230c BW aan hun informatieplicht ten aanzien van algemene voorwaarden voldoen door het mededelen van een webadres. Voor andere gebruikers van algemene voorwaarden geldt het strenge art. 6:234 BW.

Deze laatste bepaling kent een aantal beperkingen ten aanzien van het gebruik van elektronische algemene voorwaarden. In dit artikel zet schr. de vereisten met betrekking tot het gebruik van elektronische algemene voorwaarden uiteen en gaat in op de vraag hoe de informatieplicht van dienstverleners zich verhoudt tot de informatieplicht van art. 6:234 BW.

*Prof. dr. J.J. Killborn, NTBR 2013/17***De 5000-jarige cyclus van schuld-kwijtschelding: Van Sumer en Baby-lonië naar Amerika en Europa**

– Dit artikel is de eerste bijdrage in de serie 'Clementie en Recht'. In de loop van deze serie komen verschillende schrs. aan het woord over een vermogensrechtelijk onderwerp en de relatie daarvan tot het achterliggende thema van clementie. In deze eerste bijdrage schetst schr. de historische achtergrond van de schuld-kwijtschelding en licht hij toe in hoe verre deze figuur geïnspireerd is door het motief van clementie.

*Prof. mr. E.H. Hondius, NTBR 2013/18***Kroniek Algemeen**

– In deze kroniek bespreekt schr. een vijftal dissertaties. De onderwerpen die hierbij aan de orde komen zijn: Ambts-halve toepassing van het Europees recht; Bindend advies; Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm; Grond-rechten en aansprakelijkheid. Daarna komt het nieuwe boek van Nieuwen-huis aan de orde en bespreekt schr. een symposium in het teken van de kwaliteit van de zorg en de daarbij uit-gereikte gelegenheidsbundel. Het laatste onderdeel van de kroniek gaat over Europees privaatrecht, met daarin de onderwerpen 'Gemeenschappelijk Europees kooprecht' en 'Europeanise-ring van procesrecht'.

Tijdschrift voor Huurrecht

Nr. 4, april 2013

*Mr. M.E.A. Möhring, mr. F. van der Hoek, WR 2013/39***Onmatig, onredelijk, oneerlijk?****Boetebedingen in het huurrecht**

– Boetebedingen komen in het huur-recht steeds vaker voor. Zij zijn uiteen-lopend van aard, omvang en strekking. Zijn de bedingen en de omstandighe-den waaronder ze zijn afgesloten al divers, de casuïstiek waarop ze betrek-king hebben is niet minder uiteenlo-pend. Het wekt dan ook geen verba-zing dat regelmatig vragen rijzen of boetebedingen altijd redelijke uitkom-

sten opleveren. In dit artikel wordt gezocht naar antwoorden. Er wordt ingegaan op het juridische kader van de materie naar Nederlands en Euro-pees recht. Tevens wordt de huidige stand van de rechtspraak uiteengezet en worden lijnen geformuleerd voor de beoordeling van boetebedingen.

1223

Europees recht**Tijdschrift voor Europees en economisch recht**

61e jrg. nr. 4, april 2013

*Mr. dr. M.-A. Gaudissart, mr. S. van der Jeught***Het nieuwe reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie. Een overzicht van de belangrijkste wijzigingen.**

– Schrs. bespreken het nieuwe regle-ment voor de procesvoering van het Hof van Justitie dat op 1 november 2012 in werking is getreden. Zij gaan met name in op de wijzigingen voor de organisatie van het Hof, de preju-diciële procedure, de rechtstreekse beroepen en de hogere voorzienin-gen. Hieraan voorafgaand bespreken zij de plaats van het reglement als een van de juridische grondslagen van de organisatie en procedure bij het Hof, en schetsen zij de context bij de totstandkoming ervan.

Schrs. beoordelen de modernisering van het reglement positief. Het bevat veel nuttige, op de praktijk gebaseerde wijzigingen. Het Hof heeft meer flexi-biliteit gekregen bij de behandeling van zaken. De eerste doelstelling van het reglement (de prejudiciële verwij-zingen hun terrechte plaats verlenen) alsmede de derde (verduidelijking van de regels) lijken ruimschoots gehaald. Voor het behalen van de tweede doel-stelling (de redelijke termijn voor een uitspraak) is het reglement een stap in de goede richting, hoewel het Hof zelf op dit punt voorzichtig blijft.

1224

Fiscaal recht**Weekblad Fiscaal recht**

142e jrg. nr. 6998, 25 april 2013

Mr. C.W.M. van Ballegooijen,
WFR 2013/512

Staatssecretaris gepasseerd door zijn Kennisgroep

– Bij een collectief ontslag laat de werkgever tevens oudere werknemers afvloeien, maar dat kost hem volgens de wetgeving een strafheffing. Dankzij een Beleidsbesluit kan hij de strafheffing voorkomen door geen leeftijdgerelateerde ontslagen te verlenen. Daar maakt de Kennisgroep Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP) een einde aan voor die sociale plannen (veruit de meeste!), waarin een remplaçantenregeling is opgenomen. Een oudere werknemer maakt op verzoek plaats voor een jongere die eigenlijk moet worden ontslagen. Dat kost de werkgever geld, althans als het aan de Kennisgroep ligt; van de staatssecretaris hoeft het niet.

C.J. van der Have, L.D. Janssen, prof. dr. A.O. Lubbers, WFR 2013/515

Hoe kan de belastingrechter de belastingpraktijk beter bedienen bij zaken die ertoe doen?

– In dit artikel wordt aandacht besteed aan de vraag hoe de belastingrechter de belastingpraktijk beter zou kunnen bedienen bij zaken die ertoe doen. Schrs. betogen onder meer dat de belastingrechter de aard van zijn beslissing kan variëren. In sommige gevallen zou de belastingrechter een heldere, scherpe regel kunnen geven. In andere gevallen zou hij een omstandighedenencatalogus kunnen geven, waarmee hij weliswaar sturing aan het probleem geeft, maar de vrijheid aan de belastingpraktijk laat. Het is de uitdaging erachter te komen met welke beslissing de belastingpraktijk het beste uit de voeten zou kunnen.

Dr. P. Epe RA, prof. H.P.A.J. Langendijk, WFR 2013/523

De waardering van latente belastingvorderingen en de informatieve waarde voor de gebruikers

– In deze bijdrage gaan schrs. in op de waardering in de bedrijfseconomische balans van latente belastingvorderingen door deze vorderingen te toetsen aan de basisprincipes die een centrale rol spelen bij de verwerking van winstbelasting in de bedrijfseconomische jaarrekening: het *matching* principe, het voorzichtigheidsprincipe en het continuïteitsprincipe. De uitkomsten van deze toetsing

worden naast de thans geldende voorschriften van de regelgevende instanties ter zake gelegd. Schrs. gaan tevens in op de informatieve waarde voor de gebruikers (onder wie fiscalisten) van de in de toelichting op te nemen informatie over de niet in de balans opgenomen latente belastingvorderingen.

1225

Handels- & economisch recht

Bedrijfsjuridische berichten

Nr. 8, april 2013

Mr. dr. J.G.C.M. Galle, Bb 2013/20

Rapportage Naleving Code Banken December 2012 door de Monitoring Commissie Code Banken nader bezien

– Sinds 1 januari 2010 geldt de Code Banken voor alle banken met een zetel in Nederland die beschikken over een bankvergunning verleend op grond van de Wet op het financieel toezicht. Dit voorjaar komt de Monitoring Commissie Code Banken met een eindrapportage, waarin haar opvattingen over de gewenste toekomst van de code worden neergelegd. In het voorwoord geeft de commissie aan dat volledige en integrale toepassing van deze code en het afleggen van verantwoording hierover noodzakelijke voorwaarden zijn voor vertrouwensherstel. Schr. bespreekt de belangrijkste onderdelen van de rapportage en plaatst deze in de huidige context.

Mr. J.G.A. Struycken, Bb 2013/21

Mededelingsplicht en klachttermijn bij een aandelentransactie

– Bespreking van het arrest van het Hof Amsterdam van 6 november 2012, LJN BY8291 (*Amodo/ING*).

Mr. G.H. Lankhorst, Bb 2013/22

Verzoek dwangakkoord en schuldsaneringsverzoek niet onlosmakelijk verbonden

– Bespreking van het arrest HR 14 december 2012, LJN BY0966.

Markt & Mededinging

Nr. 2, mei 2013

Mr. J.W. Fanoy, mr. M.J. Plomp, mr. N.C. Stive, mr. T. Raats

Kroniek concentratiecontrole 2012

– Deze kroniek geeft een overzicht van de belangrijkste informele ziens-



wijzen en besluiten van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) en de Nederlandse rechtpraak met betrekking tot concentratiecontrole. Ook komen

nieuwe wetgeving en beleid op dit gebied aan bod. Waar nodig hebben schrs. kanttekeningen geplaatst bij de rechtpraak en besluiten.

Mr. S. Tuinenga,

prof. mr. J.S. Kortmann

Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2012

– In deze kroniek worden door Nederlandse civiele rechters in 2012 gewezen uitspraken besproken, waarin het Nederlandse en/of Europese mededingingsrecht aan de orde kwam. Net als in de kronieken van vorige jaren wordt aandacht besteed aan enkele belangwekkende uitspraken met betrekking tot schadevergoedingsvorderingen op basis van mededingingsrechtelijke overtredingen. Waar het in het verleden vooral buitenlandse uitspraken betrof, bracht het afgelopen jaar ook de eerste belangwekkende uitspraken van Nederlandse rechters op dit gebied. Mr. A.R. Bosman, mr. E. Oude Elferink, mr. R.N.A. Nieuwmeyer, mr. A.P.C. Hazelhoff

Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2012

– In 2012 viel op het gebied van het nationaal mededingingsrecht het nodige te beleven. In deze kroniek passeren de interessantste zaken en ontwikkelingen de revue. Zoals gebruikelijk beperken schrs. zich tot de bespreking van besluiten van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) en zaken die hun oorsprong vinden in een besluit van de NMA of daarmee verband houden.

Ondernemingsrecht

Nr. 5, 18 april 2013

Prof. dr. E.M. Sent,

Ondernemingsrecht 2013/32

Over de grenzen van financieel toezicht

– Onder de invloed van de huidige economische crisis zijn de zwakke punten van ons financiële systeem duidelijk geworden. Hoewel met de recente ontwikkelingen bij SNS Reaal gebleken is dat de maatregelen die Nederland zelfstandig getroffen

heeft werken, zijn er nog veel problemen. Zo blijken de huidige macro-economische instrumenten van de toezichthouders onvoldoende om de problemen in de financiële sector op tijd te signaleren en is de huidige overnametoetsing onvoldoende om de risico's voor de financiële sector voldoende in kaart te brengen. Daarnaast blijkt de huidige vorm van bankverzekeren onaanvaardbare risico's voor ons financiële stelsel mee te brengen. Uit de praktijk gaan echter ook stemmen op voor alternatieven. Het *Sustainable Finance Lab* is één van de organisaties die een alternatieve kijk op de financiële sector promoot. De financiële sector moet van een autonome groeisector omgevormd worden en een hoofdzakelijk dienende rol gaan vervullen. Vanuit dit perspectief gaan de Europese plannen met betrekking tot toezicht op de financiële sector niet ver genoeg. Meer in het bijzonder kent het zeven zwakke schakels, die in deze bijdrage worden besproken. Voorts dient een aantal zaken in de financiële sector zelf te worden veranderd om de financiële sector stabiel en robuust te maken. Zo moet de nutsfunctie van banken in nood scheidbaar worden en dienen handel voor eigen rekening en bonussen te worden afgeschaft. Cruciaal is een hiermee gepaard gaande cultuuromslag die binnen banken op alle niveaus moet worden nagestreefd.

Prof. mr. D. Busch,

Ondernemingsrecht 2013/33

De civiele zorgplicht van banken tegenover professionele beleggers – renteswaps met (semi-)publieke instellingen en het MKB

– Banken die renteswaps afsluiten met het midden- en kleinbedrijf (MKB) en met provincies, gemeenten en semipublieke instellingen, zoals woningcorporaties, onderwijsinstellingen en zorginstellingen, zouden onderworpen moeten zijn aan een civiele zorgplicht die aansluit bij de publiekrechtelijke zorgplichten zoals deze thans voortvloeien uit *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID) en in de toekomst voortvloeien uit MiFID II. Aan de hand van de MiFID- en MiFID II-regels ten aanzien van de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen de bank en de belegger, cliëntclassificatie en de 'ken-uw-cliënt'-regels wordt geïllus-

treerd dat een andere benadering een ernstige inbreuk zou betekenen op de rechtszekerheid in de financiële sector.

Prof. dr. P.A. Stork,

Ondernemingsrecht 2013/34

Het belang van gedragsmatig risicomangement bij Nederlandse banken

– Een sterke mate van zelfoverschatting wordt gevonden bij allerlei beroepsgroepen, waaronder artsen, advocaten, chauffeurs, verpleegsters, bankiers en managers. Ook andere gedragsmatige predisposities komen veelvuldig voor, zoals de neiging om recente gebeurtenissen te extrapoleren naar de toekomst, de inclinatie om meer verantwoordelijkheid te nemen voor successen dan mislukkingen, de aanleg om risico's te onderschatten, en de 'herding' waarbij de individuele leden van een groep tenderen naar dezelfde beslissingen. Naarmate men hoger op de bedrijfs ladder staat, opereert men meer in een omgeving waarin dit soort gedragsmatige predisposities langdurig persisteren. Met name CEO's lopen het gevaar dat zelfvertrouwen verandert in zelfoverschatting. Hoe beteugelt de meest schadelijke voorkeursneigingen? Dit vraagstuk vormt een belangrijk onderdeel van het gedragsmatig risicomangement. Deze stroming wint de laatste jaren snel aan belang, mede vanwege de vele bancaire faillissementen en nationalisaties in Nederland en daarbuiten. Direct toepasbare maatregelen betreffen de selectie van bestuurders en commissarissen, waarbij leeftijd en geslacht meer gewicht krijgen. Of het streven naar meer diversiteit in de top, het benoemen van externe managers en het beperken van benoemingstermijnen. Ook het verder verbeteren en intensiveren van permanente educatie zou een logische stap zijn. Bancaire risicomangers, humanresourcesmanagers, toezichthouders, interne auditors en externe accountants zouden meer oog moeten krijgen voor gedragsmatige risico's. Voor het terugwinnen van het benodigd vertrouwen in het Nederlandse bankwezen, is een dergelijke cultuuromslag van groot belang. De recente teloorgang van SNS geeft echter aan dat het herstel van vertrouwen voorlopig nog een forse uitdaging vormt.

H. Koster,

Ondernemingsrecht 2013/35

De praktische gang van zaken rondom SNS

– In verband met de stabiliteit van het financiële stelsel heeft op 1 februari 2013 de Minister van Financiën de effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL NV en SNS Bank NV onteigend. Verder heeft de minister enkele onmiddellijke voorzieningen getroffen ten aanzien van SNS REAAL NV. Het is de eerste keer dat de recent ingevoerde Interventiewet in de praktijk is toegepast. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft inmiddels de tegen dit besluit ingestelde beroepen grotendeels ongegrond verklaard. Slechts de onteigening van mogelijke toekomstige schadeclaims is door de Afdeling vernietigd. In deze bijdrage gaat schr. in op de gebeurtenissen rondom SNS.

Tijdschrift voor Europees en economisch recht

61e jrg. nr. 4, april 2013

S. Lavrijssen

Toezicht op de wholesalemarkten voor energie en de bescherming van consumentenbelangen



– Schr. analyseert hoe het complexe samenspel van regels uit drie verschillende Europese regelgevingskaders (namelijk het derde energiepakket, de Verordening

betreffende de integriteit en transparantie van de energiemarkt (REMIT) en de Europese mededingingsregels) het toezicht op de groothandelsmarkten voor energie beïnvloedt. Aan de hand van concrete zaken wordt onderzocht of deze kaders de positie van de energieconsument kunnen beschermen en bevorderen conform de centrale doelstelling van de Europese energierichtlijnen. Volgens schr. is de impact van de invoering van het derde pakket licht in vergelijking tot de intensieve regulering van de voorwaarden en tarieven voor toegang tot de energienetwerken en de bescherming van de eindverbruikers. De verplichtingen uit de REMIT lijken vooralsnog meer effect te hebben op de mededinging in de groothandelsmarkten. Zo moeten marktdeelnemers onder meer vol-

doen aan nieuwe verboden om marktmisbruik te voorkomen. Bij de regulering van het grensoverschrijdende transport van energie valt de grootste invloed te verwachten van de structurele veranderingen in de energiesector, zoals de ontvlechtingmaatregelen en de structurele Europese samenwerking tussen de *Agency for the Cooperation of Energy Regulators* (ACER), de Europese Commissie, de nationale energie-authoriteiten en de marktpartijen.

Mr. P. Glazener, mr. K. Althaus, mr. M. Snijder, mr. M. Zuidema

Kroniek – Toepassing van de Mededingingswet door de NMa in 2012

– Schrs. bespreken de toepassing van de Mededingingswet (Mw) door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in 2012. Zij staan stil bij de uitgevoerde marktonderzoeken, rapportages en marktscans, en behandelen de richtsnoeren en regelgeving, waaronder het nieuwe prioriteringsbeleid inzake handhavingsverzoeken. Aan bod komen verder de persberichten en de gegeven informele zienswijze over de verenigbaarheid van afspraken over de exploitatie van de uitzendrechten met de artt. 6 en 24 Mw. Voorts worden behandeld de kartelboetes, de boete wegens niet-meewerken, bezwaar en beroep. Ook de twee in 2012 genomen toezeggingsbesluiten komen aan bod. Verder heeft de NMa ongeveer honderd concentratiebesluiten genomen. Tweemaal was het bezwaar op een boetebesluit gegrond. Drie van de tien informele zienswijzen ten aanzien van concentratiecontrole worden besproken. Ook aan bod komende concentratiebesluiten in de melding- en vergunningsfase, alsmede het besluit in zaak 7323 *Jumbo/C1000* over de overname van C1000 door Jumbo. Tot slot behandelen schrs. de Telecom-besluiten over overnames van KPN, alsmede de besluiten op het gebied van openbaar vervoer en de zorgsector.

Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk

Nr. 2, 18 april 2013

Mr. J.W. Fanoy, mr. T. Raats

Concentratiecontrole: een noodzakelijk kwaad in de overnamepraktijk

– Het mededingingsrecht kent één onderdeel dat ziet op het *ex ante*

voorkomen van situaties die de mededinging significant belemmeren: concentratiecontrole. In deze bijdrage wordt ingegaan op de concentratiecontrole, waarbij het gaat om de effecten van een voorgenomen transactie en de prospectieve analyse die de mededingingsautoriteit moet maken. De bewijslast ligt bij de mededingingsautoriteit die met overtuigend bewijs moet komen om met een hoge mate van zekerheid te kunnen concluderen dat sprake is van significante belemmering van de mededinging. Als een mededingingsautoriteit het bewijs niet rond krijgt, moet de transactie worden goedgekeurd. In deze bijdrage wordt ingegaan op de meest relevante begrippen uit het mededingingsrecht, zoals de onderneming, de concentratie en de betrokken onderneming. Schrs. proberen met de bijdrage inzicht te geven in de procedures en welke potentieel meldingsplichtige transacties er zijn.

Mr. A.C. Stroeve

Het VALE-arrest en de inbound-grensoverschrijdende omzetting in Nederland

– Uit het VALE-arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 2012 kan worden geconcludeerd dat *inbound-grensoverschrijdende omzetting* mogelijk is in Nederland. Naast de grensoverschrijdende fusie is dit een waardevol instrument bij de (her)structurering van een internationale groep van vennootschappen. Er ontbreekt echter een wettelijke regeling. En nationale bepalingen met betrekking tot omzetting worden toegepast in het land van vertrek en in Nederland. Zwaartepunt ligt, in tegenstelling tot het zwaartepunt bij een *outbound-grensoverschrijdende omzetting*, in het land van vertrek. Denkbaar is wel dat louter het toepassen van de nationale regels, die veelal geen rekening houden met het grensoverschrijdende aspect, onvoldoende waarborgen biedt. In deze bijdrage wordt een leidraad geboden voor de praktijk voor een procedure tot omzetting naar Nederlands recht.

Mr. S. Rijpma, mr. J. van den Nouwland

Investeren in zorg, (on)mogelijkheden

– Privaat investeren in de zorg is nog lastig, met name waar het gaat om investeringen in instellingen voor

medisch specialistische zorg (IMSZ). Er zijn beperkingen aan het uitkeren van winst als gevolg van strakke voorgeschreven zeggenschapsregels. Door uitbesteding van werkzaamheden aan een 'zorg BV' kunnen de zeggenschapsregels worden gerespecteerd en kan tegelijkertijd winst over behandelingen worden uitgekeerd. Een complexe methode die tot onduidelijkheid bij patiënten kan leiden. In deze bijdrage wordt uitgebreid aandacht besteed aan de juridische en praktische (on)mogelijkheden van private financiering van zorg. Binnenkort wordt een aantal onderwerpen gewijzigd uit het oude wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz). Begin 2012 is door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport het wetsvoorstel Winstuitkeringen in de zorg (WIZ) ingediend met een ruimere mogelijkheid voor winstuitkering voor IMSZ. Volgens schrs. een gunstige ontwikkeling voor zowel zorgsector als private partijen die willen investeren in de zorg.

Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur

Nr. 2, april 2013

D.M.J. van Abeelen LL.M., mr. dr. W.C.T. Weterings

De rol van de D&O-verzekering bij collectieve acties door aandeelhouders

– Beursgenoteerde ondernemingen lopen een toenemend risico om betrokken te raken bij een collectieve actie en daarin te worden geconfronteerd met massaclaims van grote omvang. Een adequate *directors & officers* (D&O)-verzekering is daarbij om verschillende redenen van wezenlijk belang; zowel voor alle betrokken partijen als voor de maatschappij. Deze bijdrage schetst deze ontwikkelingen, toont het belang van een D&O-verzekering en laat zien welke problemen daarbij kunnen ontstaan. Eerst wordt ingegaan op de collectieve afwikkeling van massaschade in Nederland en vervolgens wordt weergegeven welke rol Nederland binnen Europa speelt en kan spelen op het terrein van collectieve acties door aandeelhouders. Ook worden de functie en het belang van een D&O-verzekering binnen deze sector

getoond. Gelet op de verschillende betrokken belangen is het relevant dat de D&O-verzekering een adequate dekking biedt. Er kunnen bij gebreke daarvan allerlei verdelingsproblemen tussen de aangesproken vennootschap en de aangesproken bestuurders ontstaan. Daarnaast kunnen ook belangentegenstellingen tussen de verschillende betrokken D&O-verzekeraars opkomen, die zowel de verzekeringsdekking als de afwikkeling van een kansrijke massaschadeclaim kunnen beïnvloeden en die daarom zo veel mogelijk voorkomen dienen te worden.

Mr. M.C.P. van Dongen

De nieuwe tegenstrijdigbelang-regeling nader beschouwd

– De Wet bestuur en toezicht, die op 1 januari 2013 in werking is getreden voorziet onder meer in een wijziging van de tegenstrijdigbelangregeling. De in artt. 2:146 en 2:256 BW (oud) neergelegde vertegenwoordigingsregel is vervangen door een besluitvormingsregel. Bestuurders met een tegenstrijdig belang mogen niet langer deelnemen aan de besluitvorming. Doen zij dat wel, dan is het besluit vernietigbaar. Door het vervallen van de externe werking blijft de vennootschap gebonden aan de tegenstrijdigbelangtransactie. Voor haar schade moet de vennootschap bij de bestuurder aankloppen. Schr. geeft aan dat bij gebreke van adequate handhavingsmogelijkheden dit makkelijker is gezegd dan gedaan. In deze bijdrage gaat schr. in op de punten, waarin in zijn optiek de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling tekort schiet. Op een aantal punten is de regeling weliswaar een verbetering, maar door het vervallen van de externe werking blijft de vennootschap gebonden aan de in strijd met de interne bevoegdheidsverdeling verrichte rechtshandeling. Wanneer de overige bestuurders niet ingaan tot het instellen van een art. 2:9-vordering, dan ontspringt de betreffende bestuurder de dans. Hetzelfde geldt, indien sprake is van een eenhoofdig bestuur. Het is immers ondenkbaar dat een bestuurder tegen zichzelf een artikel 2:9-vordering instelt. Volgens schr. is meer dan voorheen behoefte aan een afgeleide actie voor aandeelhouders.

Mr. dr. M. Koelemeijer

De commissaris anno 2013

– De ontwikkelingen op het gebied

van *corporate governance* en de snel veranderende omgeving waarin commissarissen functioneren hebben ertoe bijgedragen dat de rol van de raad van commissarissen in de afgelopen jaren steeds zwaarder is geworden. De besluitvorming is ook complexer geworden. Niet alleen door de veelheid aan wet- en regelgeving, maar ook door de veelheid aan informatie en spelers, en de snelheid en intensiteit waarmee besluiten moeten worden genomen. In deze bijdrage wordt een nadere blik gevestigd op de positie van de individuele commissaris. In de toekomst vergt het streven naar verbetering van de kwaliteit en de effectiviteit van het toezicht niet alleen maatregelen om de positie van de individuele commissaris te versterken, maar noopt het ook tot een herziening van de (kwaliteits)eisen die aan een individuele commissaris worden gesteld. De vraag is of het huidige vennootschapsrecht voldoende houvast biedt voor de individuele commissaris en of de eisen die aan de individuele commissarissen worden gesteld nog passen bij de snel veranderende en complexe omgeving waarin zij moeten functioneren.

Mr. dr. G.J.H. van der Sangen

Bescherming van beleggers in Nederland: de Fortis-case

– Aan de hand van de *Fortis*-zaak van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (OK) van 5 april 2012 wordt in deze bijdrage ingegaan op de wijze waarop in Nederland inhoud wordt gegeven aan de bescherming van beleggers. De *Fortis*-beschikking laat zien dat gedupeerde beleggers openheid van zaken kunnen krijgen en informatie kunnen vergaren over de schending van effectenrechtelijke normen met de kennelijke bedoeling deze informatie te gebruiken in een daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure. Echter, rechtssystematisch heeft het enquêterecht formeel geen rol bij de handhaving van effectenrechtelijke normen. Volgens schr. lijkt de *Fortis*-zaak exemplarisch voor de diffuse invulling van de begrippen 'verantwoordelijkheid', 'wanbeleid' en 'aansprakelijkheid'. Voor de toepassing van het Nederlandse enquêterecht levert de zaak vragen op ten aanzien van de toerekening van feiten en omstandigheden in een grensoverschrijdend nevenschikkend concern én ten aanzien van het territorialiteits-

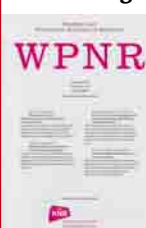
beginsel. Ook levert zij vragen op naar de verhouding van de privaatrechtelijke handhaving van het effectenrecht en eventuele persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor schending van effectenrechtelijke normen. Dit artikel roept op tot een nadere analyse van de demarcatie tussen het effectenrecht en het vennootschapsrecht, en de wijze van handhaving van genoemde rechtsgebieden alsmede van de rol die de Autoriteit Financiële Markten en de Ondernemingskamer als burgerlijke rechter daarin (zouden moeten) vervullen.

WPNR

144e jrg. nr. 6971, 20 april 2013

Mr. E.R. Roelofs, mr. G.C. van Eck

Een voorstel voor een regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen (I)



– Naar aanleiding van het *Cartesio*-arrest heeft de Commissie Vennootschapsrecht een concept-wetsvoorstel opgesteld met betrekking tot grensoverschrijdende

omzetting. Het voorstel is zowel van toepassing op inreizende als op uitreizende vennootschappen. De door de commissie voorgestelde regeling voorziet in een nieuwe titel met een algemene bepaling over omzetting, de huidige regels over nationale omzetting en een afdeling met bijzondere bepalingen over grensoverschrijdende omzetting. Schrs. zijn van mening dat het voorstel een goed initiatief is ter bevordering van de rechtszekerheid. In het eerste deel van hun bijdrage gaan zij in op de reikwijdte van de wettelijke regeling en op de procedure tot grensoverschrijdende omzetting.

Prof. mr. W. Burgerhart

De bedrijfsopvolging via een personenvennootschap en de legitieme portie

Zie Jeugd-, relatie- & erfrecht

1226

Jeugd-, relatie- & erfrecht

WPNR

144e jrg. nr. 6971, 20 april 2013

Prof. mr. W. Burgerhart

De bedrijfsopvolging via een personenvennootschap en de legitieme portie

– Op 16 december 2009 oordeelde de Rechtbank Haarlem in een zaak over de waardering van een personenvennootschap bij de berekening van de legitieme portie. Het draaide hierbij om een bedrijfsopvolging door twee van de vijf kinderen in een landbouwbedrijf. De vader was met deze twee kinderen een personenvennootschap overeengekomen. De vraag was of voor de berekening van de legitieme portie de waarde in het economische verkeer of de agrarische waarde in aanmerking moest worden genomen. Een andere vraag die aan de orde kwam was of het aandeel in de personenvennootschap behoorde tot de nalatenschap van beide ouders of alleen tot die van de vader. In deze bijdrage gaat schr. in op deze vragen. Ook komt de vermogensverschuiving bij een bedrijfsopvolging die mogelijk een gift vormt aan de orde. Verder wijst schr. op de toepasselijkheid van de quasi-legatenregeling als de vennootschapsovereenkomst bij overlijden werkende bedingen bevat die een goed onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie op een ander doet overgaan. Ten slotte wordt ingegaan op het uitgesteld loon in de zin van art. 4:36 BW.

1227

Omgevingsrecht

Bouwrecht

50e jrg. nr. 4, april 2013
Ir. A.W. Bekker, *Br* 2013/50

Veehouderijbedrijven nabij N-2000 gebieden op slot?

– Op basis van recente jurisprudentie leek een ‘aannemelijk en goed onderbouwd scenario’ de mate waarin de bouwvlakken in een bestemmingsplan buitengebied gaan worden benut, een correcte werkwijze om de mogelijke effecten ten gevolge van het plan te onderzoeken in een plan milieueffectrapport (planMER). Die systematiek berustte op het aannemelijke scenario dat het niet realistisch is te verwachten dat alle groeicapaciteit in een bepaald gebied

en binnen de gegeven planperiode (tien jaar voor bestemmingsplannen buitengebied) ooit wordt benut. In een uitspraak van 5 december 2012 inzake *Bronckhorst* heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State echter beslist dat milieueffecten dienen te worden vastgesteld op basis van een maximale benutting van de ruimtelijke mogelijkheden die een plan biedt. Ook als in redelijkheid mag worden verondersteld dat van die maximale benutting nimmer sprake is. De consequentie van deze uitspraak is dat de tot nog toe te doen gebruikelijke bestemmingsregeling in het buitengebied (met ruimte voor groei van individuele agrarische bedrijven) niet langer mogelijk is voor onder meer de veehouderijsector. Dat komt omdat de potentiële (maar in hun maximale capaciteit volstrekt onrealistische) stikstofemissies vanuit melkvee-, kippen- en varkensstallen bijna altijd een significant negatief effect hebben op de instandhoudingsdoelstellingen van omliggende Natura 2000-gebieden, ook als die op wat grotere afstand liggen.

Mr. H. Doornhof, mr. J.C. van Oosten, BR 2013/52

Ontwikkelingen in het ruimtelijke ordeningsrecht 2012

– In navolging van voorgaande jaren bevat deze bijdrage een gethematiseerde selectie van uitspraken die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het afgelopen jaar heeft gedaan over het ruimtelijke ordeningsrecht. Daarnaast stellen wij nieuwe wetgeving aan de orde. De te bespreken ontwikkelingen hebben met name betrekking op procedures rondom bestemmingsplannen en binnen- en buitenplanse flexibiliteitsinstrumenten onder de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), Wet ruimtelijke ordening (Wro) en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) alsmede daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur, zoals het Besluit op de ruimtelijke ordening 1985 (Bro 1985), het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) en het Besluit omgevingsrecht (Bor). Ook de Crisis- en herstelwet (Chw) komt aan bod.

Milieu & Recht

40e jrg. nr. 4, 2013
Mr. ing. W.B. van der Gaag, M en R 2013/46

Deregulering van de waterschapskeur; bruggen slaan zonder overbodige regeldruk



– In oktober 2012 hebben de Unie van waterschappen en de Rijksoverheid het Convenant vermindering regeldruk vastgesteld. De Unie van Waterschappen werkt

momenteel aan een nieuwe modelkeur die voorziet in een verschuiving van vergunningplicht naar algemene regels. Het Hoogheemraadschap van Rijnland heeft besloten om te kiezen voor een nog verdergaande aanpak van de regeldruk. Niet langer wordt de oplossing gezocht in het vervangen van de vergunningplicht door algemene regels. In plaats hiervan wordt de keur fundamenteel herzien, waarbij handelingen met betrekking tot het watersysteem via een voor waterschappen nieuwe systematiek worden gereguleerd. Het nieuwe uitgangspunt is hierbij ‘ja, tenzij’ in plaats van het gebruikelijke ‘nee, tenzij’. In dit artikel komt deze nieuwe aanpak van het Hoogheemraadschap van Rijnland aan de orde.

1228

Privacy

Tijdschrift voor Sport en Recht

Nr. 1, april 2013
Mr. W. Seinen

Sport 2.0 en het privacyrecht

– Social media zijn in een korte tijd diep doorgedrongen in de sport. Trainingsschema's en wedstrijdroosters worden elektronisch verspreid en de prestaties van sporters worden door apps verzameld, verwerkt *in the cloud* en in de vorm van analyses en grafieken ter beschikking gesteld aan de sporter en zijn ‘vrienden’. Als gevolg van deze ontwikkelingen worden tegenwoordig op massale schaal persoonsgegevens verwerkt. Schr. gaat in op de privacyrechtelijke aspecten van een aantal onlinediensten die in de sport worden gebruikt. Het perspectief van de sportvereniging wordt hierbij als uitgangspunt genomen. Schr. besluit met de aanbeveling dat bij iedere uiting op inter-

net dient te worden nagegaan welke persoonsgegevens worden gepubliceerd. Daarbij moet de vraag worden gesteld of het nodig en gepast is zo min mogelijk in de privacyrechtelijke problemen te komen.

1229

Rechtspleging & procesrecht

Juridisch up to Date

Mr. drs. A.D. Minderhoud-Verkaik

Vernietiging arbitrale vonnissen in bouwgeschillen: *Turkse Light Rail, de standvastige woningeigenaar en de knipogende arbiter*

– Van arbitragevonnissen is slechts in uitzonderingsgevallen hoger beroep mogelijk. Een arbitraal vonnis kan worden vernietigd of herroepen op grond van artt. 1064 tot en met 1068 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Deze vorderingen tot vernietiging worden niet vaak toegewezen. Schr. bespreekt drie uitspraken die zijn gedaan over een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis: HR 22 maart 2013, *LJN* BY8099 (*Turkse Light Rail*), Hof 's-Gravenhage 18 december 2012, *LJN* BZ0888 (*de standvastige woningeigenaar*) en Rb. Rotterdam 27 maart 2013, *LJN* BZ6030 (*de knipogende arbiter*). Schr. bespreekt per casus de feiten, het verloop en geeft commentaar. De conclusie luidt dat door deze uitspraken het beeld wordt bevestigd dat aan een beroep op vernietiging hoge eisen worden gesteld. De rechter beoordeelt het arbitraal vonnis niet inhoudelijk, maar stelt zich terughoudend op en gaat pas tot vernietiging van een vonnis over als sprake is van 'aansprekend' geval.

1230

Sociaal Recht

Tijdschrift voor Sport en Recht

Nr. 1, april 2013

Mr. P.J.W.M. Govers

Loondoorbetaling bij

tuchtrechtelijke schorsing

– In de voetballerij kunnen een mix van rechtsgebieden van toepassing

zijn op de voetballers, de bestuursleden, de clubs, supporters en sponsors. Een snoeiharde overtreding op het veld vereist kennis van het aansprakelijkheidsrecht, tuchtrecht en strafrecht. De Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) heeft ten aanzien van zijn leden tuchtrechtelijke regelgeving ontwikkeld. Gezien de grote mix van rechtsgebieden die belangrijk zijn voor de hiervoor genoemde groepen, is het niet altijd duidelijk hoe die rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden. Schr. betoogt in zijn artikel dat een tuchtrechtelijke schorsing, via toepassing van art. 7:627 BW jo art. 7:661 BW met een kleine aanpassing in de cao, in de vorm van een loonsanctie in het arbeidsrecht moet doorwerken.

1231

Staats- & bestuursrecht

Bouwrecht

50e jrg. nr. 4, april 2013

Mr. L. Haverkort, mr. A. ter Mors, *BR* 2013/49

Een boeiend intermezzo: Aanbestedingswet 2012 (deel I)

– Per 1 april 2013 traden de Aanbestedingswet 2012 en het Aanbestedingsbesluit in werking. Gesteld kan worden dat met name de praktijk in de bouwsector – een sector waarin het (nationale) aanbestedingsrecht zijn diepste wortels kent – heeft geleid tot deze nieuwe wet. Met dit artikel beogen schrs. een beeld te geven van de belangrijkste implicaties van de Aanbestedingswet 2012 en de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het nu geldende wetgevend pakket, waar nodig toegespitst op de bouwsector. Daarbij worden enkele bepalingen uit de Aanbestedingswet 2012 afgezet tegen de praktijk van alledag, die ook blijkt uit Europese en nationale jurisprudentie.

WPNR

144e jrg. nr. 6971, 20 april 2013

Prof. mr. N. Geelhand de Merxem

De nieuwe Belgische nationaliteitswet en de Nederbelgen

– In 2000 zijn in de Belgische nationaliteitswet bepalingen opgenomen waarmee de toegang tot de Belgische

nationaliteit werd vereenvoudigd en de procedure werd versneld. In de praktijk bleek dat van de procedure misbruik werd gemaakt en dat er een gebrek aan integratievoorwaarden was in deze zogenaamde snel-Belgwet. Per 1 januari 2013 is een wetswijziging in werking getreden waarmee de voorwaarden strenger zijn geworden. Dit heeft ook gevolgen voor Nederbelgen die door een zogenaamde nationaliteitsverklaring de Belgische nationaliteit willen verkrijgen. De termijn hiervoor wordt weliswaar verkort van een hoofdverblijf van zeven jaar naar vijf jaar, maar bijkomende voorwaarden worden gesteld inzake maatschappelijke integratie en economische participatie. Voor de Nederbelg is het voordeel van de verkrijging van de Belgische nationaliteit onder andere dat hij schenkingen kan doen zonder schenkingsrecht te hoeven betalen.

1232

Straf (proces)recht, penitentiair recht & criminologie

Nieuw Juridisch Weekblad

12e jrg. nr. 280, 24 april 2013

J. Huysmans

Salduz-sancties tijdens voorlopige hechtenis



– (België) De mogelijkheid om een verdachte in voorhechtenis te nemen of te houden ingeval hij tijdens zijn arrestatie in strijd met de *Salduz*-vereisten

zonder bijstand van een advocaat werd ondervraagd, is de laatste maanden het voorwerp geweest van enkele arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Grondwettelijk Hof en Hof van Cassatie. De bijdrage schetst die rechtspraak, waarbij aandacht is voor de vraag in hoeverre het gebrek aan bijstand van een advocaat leidt tot de onontvankelijkheid van de strafvordering of de automatische opheffing van het bevel tot aanhouding, en in hoeverre ernstige aanwijzingen van schuld kunnen worden afgeleid uit verklaringen die zonder bijstand van een advocaat werden afgelegd.

Een overzicht van aanhangige wetsvoorstellen en gepubliceerde staatsbladen met links naar de integrale Kamerstukken is opgenomen op de NJB-site www.njb.nl

Staatsblad

Verlenging Crisis- en herstelwet

1233 - Wet tot wijziging van de Crisis- en herstelwet en diverse andere wetten in verband met het permanent maken van de Crisis- en herstelwet en het aanbrengen van enkele verbeteringen op het terrein van het omgevingsrecht

– In het regeerakkoord voor het kabinet Rutte I was aangekondigd dat de regering met voorstellen zou komen om de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw) permanent te maken. Deze wet geeft daaraan uitvoering door de werkingduur van de Chw voor onbepaalde duur te verlengen. Via de wet tot aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en het wetsvoorstel voor een nieuwe Omgevingswet zullen de tijdelijke maatregelen uit de hoofdstukken 1 en 2 van de Chw van een permanente basis worden voorzien. De kabinetsaanpak was in eerste instantie gericht op snelle verbeteringen binnen het bestaande stelsel ('quick wins'). Deze wet strekt daartoe en bestaat uit twee onderdelen. 1. Als eerste wil de regering met deze wet een permanente werking geven aan de tijdelijke regelingen in de Chw door de looptijd van de wet, die zou eindigen op 1 januari 2014, voor onbepaalde tijd te verlengen (hoofdstuk 1 van de wet). Op onderdelen wordt de Chw tevens geactualiseerd. 2. Daarnaast bevat deze wet enkele (de Chw aanvullende) verbeteringen van het omgevingsrecht (hoofdstuk 2). Het gaat om gerichte verbeteringen die op korte termijn zijn te realiseren. De verbeteringen zijn gegroepeerd rondom drie inhoudelijke thema's: (1) minder lasten, (2) snelle, flexibele en zorgvuldige besluitvorming en (3) het wegnemen van problemen in de praktijk. De Chw richt zich, ter bevordering van de crisis en ter bevordering van

een goed en duurzaam herstel van de economische structuur, op de versneling van infrastructurele projecten, andere grote bouwprojecten, en projecten op het gebied van duurzaamheid, energie en innovatie.

Inwerkingtreding met ingang van 25 april 2013 (met uitzondering van de artikelen 2.2.1, onderdelen F tot en met J, 2.2.2, 2.2.3, onderdeel A, 2.2.4, 2.2.5, onderdelen D en E, 3.1, derde lid, en 3.2).

Wet van 28-03-2013, *Stb.* 2013, 144 (*Kamerstukken* 33 135) en inwerkingtredingsbesluit van 15 april 2013, *Stb.* 2013, 145.

EU-toetreding Kroatië

1234 - Rijkswet houdende goedkeuring van het op 9 december 2011 te Brussel tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk België, de Republiek Bulgarije, de Tsjechische Republiek, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Estland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Polen, de Portugese Republiek, Roemenië, de Republiek Slovenië, de Slowaakse Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (lidstaten van de Europese Unie), en de Republiek Kroatië betreffende de toetreding van de Republiek Kroatië tot de Europese Unie (*Trb.* 2012, 24).

– Op 9 december 2011 werd te Brussel het Verdrag betreffende de toetreding van de Republiek Kroatië tot de Europese Unie (Toetredingsverdrag) ondertekend, zulks overeenkomstig artikel 49 van het op 13 december 2007 te Lissabon tot stand gekomen Verdrag betreffende de Europese Unie. De definitieve toetredingsdatum is afhankelijk van de nationale ratificaties van het Toetredingsverdrag. In januari 2012 stemde de Kroatische bevolking via een referendum in met EU-toetreding. De indicatieve toetredingsdatum van Kroatië is 1 juli 2013. Inwerkingtreding met ingang van

26-04-2013.

Rijkswet van 18-04-2013, *Stb.* 2013, 147
(*Kamerstukken* 33 183)

Vaste boekenprijs

Inwerkingtreding

1235 - Besluit houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 7 februari 2013 tot wijziging van de Wet op de vaste boekenprijs in verband met de evaluatie van die wet (*Stb.* 2013, 139)

– De wet treedt met uitzondering van artikel I, onderdeel A, onder 2 en 2a, in werking met ingang van 1 juli 2013.

Inwerkingtredingsbesluit van 11-03-2013, *Stb.* 2013, 161

Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten

Inwerkingtreding

1236 - Besluit tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (*Stb.* 2013, 50) en gedeelten uit het Besluit van 20 december 2012 tot wijziging van het Besluit proceskosten bestuursrecht in verband met indexering van de bedragen en toevoeging van enkele proceshandelingen (*Stb.* 2012, 683), voor zover het betreft schadevergoeding wegens onrechtmatig bestuurshandelen

– Met ingang van 1 juli 2013 treden in werking:

- a. de wet met uitzondering van artikel I, onderdelen A, Ca, L, M en N, en artikel III, onderdelen B en D;
- b. artikel I, onderdeel C, van het besluit, voor zover het betreft het opschrift 'schadevergoeding onrechtmatig besluit' en onderdeel 21 in de tabel.

Inwerkingtredingsbesluit van 22-04-2013, *Stb.* 2013, 162

Nieuwe wetsvoorstellen

Belastingverdrag NL-D

1237 - Wetsvoorstel (22-04-2013) houdende goedkeuring van het op 12 april 2012 te Berlijn tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk

der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (*Trb.* 2012, 123) – Dit verdrag vervangt de op 16 juni 1959 tot stand gekomen en nadien meermalen gewijzigde Belastingovereenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland (*Trb.* 1959, 85). In de eerste plaats was het oude verdrag niet meer in overeenstemming met moderne OESO-standaarden. In de tweede plaats hadden beide partijen specifieke wensen. Wat Duitsland betreft, ging dat met name om wensen op het gebied van de bestrijding van oneigenlijk gebruik van het verdrag. Voor Nederland in het bijzonder om een verbetering van de fiscale positie van in Nederland woonachtige grensarbeiders en, in mindere mate, een gunstiger fiscale behandeling van in Nederland gevestigde pensioenfondsen. Tijdens de verdragsonderhandelingen hebben beide partijen op deze voor hen belangrijke onderwerpen concessies moeten doen om zicht te krijgen op overeenstemming over een integraal herzien belastingverdrag. Nederland heeft Duitsland kunnen bewegen tot enkele concessies om de gewenste nationale anti-misbruikbepalingen gericht in te zetten, zodat bonafide gevallen (gevaar van 'overkill') zo min mogelijk last hebben van deze bepalingen. Ook heeft Duitsland ten behoeve van de rechtszekerheid opgesomd om welke concrete, onder het Verdrag toe te passen, anti-misbruikbepalingen in de Duitse nationale wet het primair gaat in plaats van te volstaan met een algemene verwijzing naar de Duitse nationale wet. Belangrijke winst voor Nederland betreft de regeling voor grensarbeiders. De regeling voor grensarbeiders omvat in de eerste plaats als invulling van de gewenste 'gelijkheid in de straat' een algemene compensatieregeling voor in Nederland woonachtige grensarbeiders die vrijwel overeenkomt met de regeling in het Nederlands-Belgische belastingverdrag. Duitsland zal anderzijds voor deze in Nederland woonachtige grensarbeiders onder het Verdrag een mate van 'gelijkheid op de werkvloer' waarborgen. Dit vindt concreet plaats doordat Duits-

land een versoepeling toestaat bij het toekennen van de Duitse fiscale faciliteit voor echtgenoten, die bekend staat als het zogenoemde 'Splittingverfahren' aan inwoners van Nederland, die inkomsten verkrijgen uit Duitsland.

Kamerstukken II 2012/13, 33 615, nrs. 1-3

1238

Vervolgstukken

Bescherming natuurgebieden in de Noordzee

Brief van de Staatssecretaris van EZ (17-4-2013) over het wetsvoorstel tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet in verband met uitbreiding van de werkingssfeer van beide wetten naar de exclusieve economische zone. – Brief over toezeggingen, gedaan tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel.

Kamerstukken II 2012/13, 32 002, nr. 27

Bewoning van recreatiewoning met een lang feitelijk gedoogverleden

Brief van de Minister van IenM (17-4-2013) over het wetsvoorstel met regels voor het verlenen van vergunning voor de onrechtmatige bewoning van recreatiewoningen. – Brief over onrechtmatige permanente bewoning recreatiewoningen met een antwoordbrief van de VNG.

Kamerstukken II 2012/13, 32 366, nr. 16

Verlenging muziekrechten

Nota n.a.v. het verslag en nota van wijziging (24-4-2013) bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de naburige rechten in verband met de omzetting van Richtlijn 2011/77/EU van het Europees Parlement en de Europese Raad van 27 september 2011 tot wijziging van de Richtlijn 2006/116/EG betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en bepaalde naburige rechten.

Kamerstukken II 2012/13, 33 329, nrs. 5-6

Wijziging Paspoortwet

Brief van de Minister van BZK (16-4-2013) en nota n.a.v. het verslag (19-4-2013) over en bij het wets-

voorstel tot wijziging van de Paspoortwet in verband met een andere status van de Nederlandse identiteitskaart, het verlengen van de geldigheidsduur van reisdocumenten en Nederlandse identiteitskaarten, een andere grondslag voor de heffing van rechten door burgermeesters en gezaghebbers en het niet langer opslaan van vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie.

– Brief over de wijziging om paspoort te kunnen weigeren of te laten vervallen van personen die gevangenisstraf van 4 maanden of meer hebben gekregen. Zie hierover ook de Rubriek Nieuws achterin deze aflevering.

Kamerstukken II 2012/13, 33 440 (R1990), nrs. 6-7

Toezicht postmarkt

Nota n.a.v. het verslag, nota van wijziging (23-4-2013), advies van de Raad van State (25-2-2013) en nader rapport (5-4-2013) bij en over het wetsvoorstel tot wijziging van de Postwet 2009 ter invoering van ex ante toezicht op een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht.

Kamerstukken II 2012/13, 33 501, nrs. 6-7 en 8

Kwaliteit hoger onderwijs

Brief van de Minister van OCW (19-4-2013) over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en enkele andere wetten in verband met de uitvoering van diverse maatregelen, aangekondigd in de Strategische Agenda Hoger onderwijs, Onderzoek en Wetenschap.

– Brief over het ontplooiën van activiteiten door studenten naast hun studie.

Kamerstukken II 2012/13, 33 519, nr. 43

Modernisering mediabestel

Nota n.a.v. het verslag (22-4-2013) bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet 2008 teneinde het stelsel van de landelijke publieke omroep te moderniseren.

Kamerstukken II 2012/13, 33 541, nr. 6

Vastleggen kentekengegevens

Verslag (24-4-2013) over het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van het vastleggen

en bewaren van kentekengegevens door de politie.

Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 5

Legalisatie handtekeningen notarissen

Verslag (24-4-2013) over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het notarisambt en enkele andere wetten in verband met onder meer een gewijzigde regeling van de legalisatie van handtekeningen van notarissen.

Kamerstukken II 2012/2013, 33 569, nr. 5

Uitbreiding extraterritoriale rechtsmacht

Verslag (26-4-2013) over het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de herziening van de regels over de werking van de strafwet buiten Nederland.

Kamerstukken II 2012/2013, 33 572, nr. 5

1239

Nota's, rapporten & verslagen

Toelatingsprocedures

Brief van de Staatssecretaris van V&J (12-4-2013) met een beleidsvisie op de verdere stroomlijning van de toelatingsprocedures.

- Voor een volledig overzicht van alle maatregelen verwijst de bewindsman naar de uitwerking van het pakket aan maatregelen zoals uiteengezet in de brief van 22 mei 2012 (19 367, nr. 1532). Vervolgens wordt benadrukt dat dit pakket beoogt om onnodig lang verblijf zonder perspectief tegen te gaan, en vreemdelingen sneller duidelijkheid te geven omtrent hun verblijfsperspectief in Nederland. De maatregelen hebben tot doel om het 'stapelen' van procedures onnodig te maken en tegen te gaan, procedures (verder) te stroomlijnen, en waar mogelijk de doorlooptijden te verkorten. Hierdoor wordt het verlengen van verblijf, enkel door steeds door te procederen zonder dat daaraan nieuwe feiten en omstandigheden ten grondslag liggen, zoveel mogelijk beperkt. Randvoorwaardelijk voor implementa-

tie van het pakket aan maatregelen is dat de voorbereiding van de uitvoering (inclusief de ICT-systemen) en de wet- en regelgeving op tijd gereed zijn. De Kamer is eerder geïnformeerd dat in 2013 ingezet zal worden op herstel en stabilisering van INDiGO. Besloten is om de maatregelen die geen of weinig impact op INDiGO hebben, maar nu al een grote winst opleveren voor de processen en de keten, wel in 2013 te implementeren. Dit betekent dat de maatregelen die zien op de asielprocedure (voor het grootste gedeelte) in het najaar 2013 al kunnen worden ingevoerd. Het Ontwerpbesluit aanpassing vergoeding vervolgaanvragen zal voor het gedeelte dat ziet op tweede en volgende asielaanvragen tegelijkertijd met deze asielmaatregelen worden geïmplementeerd. Voor zover genoemd Ontwerpbesluit ziet op tweede en volgende reguliere aanvragen, treedt dit besluit tegelijkertijd inwerking met de maatregelen die zien op de humanitaire reguliere procedure. De implementatie van deze maatregelen zal naar verwachting in de eerste helft van 2014 plaatsvinden.

Kamerstukken II 2012/13, 19 637, nr. 1654

Cie. Integraal Toezicht Terugkeer

Brief van de Staatssecretaris van V&J (17-4-2013) over de Commissie Integraal Toezicht Terugkeer (CITT).

- Door middel van deze brief laat de staatssecretaris weten dat hij de taken van de Commissie Integraal Toezicht Terugkeer (CITT) zal onderbrengen bij de Inspectie voor Veiligheid en Justitie. Dit naar aanleiding van het advies van de heer De Leeuw van ABDTOPConsult, dat met deze brief ook wordt aangeboden.

Kamerstukken II 2012/13, 19 637, nr. 1655

Identiteitsfraude

Brief van de Minister van V&J (15-4-2013) over zelfstandige strafbaarstelling van identiteitsfraude.

- Als definitie van identiteitsfraude wordt gehanteerd: het opzettelijk (en) (wederrechtelijk of zonder toestemming) verkrijgen, toe-eigenen, bezitten of creëren van valse identificatiemiddelen en het daarmee begaan van een wederrechtelijk gedraging, of het verrichten van een dergelijke handeling met de intentie om daarmee een wederrechtelijke gedraging te begaan. Identiteitsfraude is ook in Nederland

niet alleen fictie, maar harde realiteit. Identiteitsfraude is op dit moment niet door middel een afzonderlijk delict in het Wetboek van Strafrecht (Sr) strafbaar gesteld. Dat betekent echter geenszins dat de daaronder ressorterende vormen van fraude niet adequaat strafrechtelijk kunnen worden aangepakt. Op grond van een aantal meer algemene delictsom-schrijvingen, waaronder valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr), misbruik van reisdocumenten (artikel 231 Sr) en oplichting (artikel 326 Sr) kan adequaat tegen identiteitsfraude worden opgetreden. Een verdere aanscherping van het strafrechtelijk instrumentarium is voorzien met het wetsvoorstel ter versterking van de opsporing en vervolging van cybercrime, dat onder meer de heling van gegevens strafbaar beoogt te stellen. Voorts kent het Wetboek van Strafrecht voor de aanpak van misdrijven waartoe identiteitsfraude vaak de opstap vormt, zoals mensensmokkel, witwassen, bank- of uitkeringsfraude, terrorisme of drugs- en wapengerelateerde misdrijven, specifieke strafbaarstellingen. Deze bepalingen zijn op enige uitzonderingen na, toereikend om adequaat tegen identiteitsfraude op te treden. Bij de Tweede Kamer is momenteel aanhangig het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en de Wegenverkeerswet 1994 in verband met de verbetering van de aanpak van fraude met identiteitsbewijzen en wijziging van het Wetboek van Strafvordering, de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen en de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden in verband met verbetering van de regeling van de identiteitsvaststelling van verdachten en veroordeelden (*Kamerstukken II 2011/12, 33 352*). Indien dat wetsvoorstel zal zijn aanvaard en in werking is getreden, bevat het Wetboek van Strafrecht alle instrumenten om tegen iedere vorm van fraude met identiteitsbewijzen op te treden. Het wetsvoorstel voorziet erin dat de strafbaarstelling van fraude met reisdocumenten die nu in artikel 231 Sr is vervat, wordt uitgebreid tot alle papieren of geplastificeerde identiteitsbewijzen die in artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht zijn aangewezen als document waarmee burgers zich in bij wet voorgeschreven gevallen, kunnen legitimeren (bv. het rijbewijs en

het vreemdelingendocument). Boven- dien worden de identiteitsbewijzen die afgegeven zijn door diensten of organisaties die niet het individuele belang, maar het collectieve belang dienen en van cruciaal belang zijn voor het goed functioneren van de Nederlandse samenleving, zoals de Staten-Generaal, vliegvelen en de politieorganisatie, geheel onder de werking van artikel 231 Sr gebracht. Tegelijk wordt in artikel 231 Sr meer frauduleuze handelingen met die identiteitsbewijzen strafbaar gesteld.

Kamerstukken II 2012/13, 26 643, nr. 273

Identiteit infrastructuur

Brief van de Minister van BZK (16-4-2013) waarbij hij het advies van de landsadvocaat aanbiedt inzake de vraag of de Staat bij een Europese aanbestedingsprocedure een bedrijf kan uitsluiten om de enkele reden dat het een Amerikaanse onderne- ming betreft.

- Het antwoord op deze vraag luidt naar de mening van de landsadvo- caat ontkennend. De Staat der Neder- landen als lid van de Europese Unie partij bij de WTO-overeenkomst voor overheidsaanbestedingen, The Agree- ment on Government Procurement (GPA). Ook de Verenigde Staten zijn partij bij de GPA. De GPA verplicht deelnemende partijen om onderne- mingen die zijn gevestigd in een (ander) deelnemend land op gelijke voet aan aanbestedingen te laten deelnemen, indien deze aanbestedin- gen naar aard en omvang van de opdracht onder de reikwijdte van de GPA vallen. Daarmee is nog niets gezegd over de eventuele mogelijkhe- den die Europese regels en de GPA zouden kunnen bieden om te berei- ken dat gecontracteerd wordt met een partij die de nationale en Euro- pese privacyregels zal kunnen nale- ven. Dit zou voorafgaand aan eventu- ele toekomstige opdrachten nog onderzocht kunnen worden. Daarbij geldt echter steeds dat het uiteinde- lijk de rechter zal zijn die toetst of een gekozen maatregel juridisch toe- laatbaar is. Het advies is als bijlage bij dit stuk te vinden.

Kamerstukken II 2012/13, 26 643, nr. 274

Cyberaanvallen banken

Brief van de Ministers van Financiën en van V&J (16-4-2013) over de ICT-

problemen bij banken als gevolg van cyberaanvallen.

- In de brief wordt ingegaan op de cyberaanvallen, de ondernomen acties, de rollen en verantwoordelijkheden en de ingezette en te ondernemen acties.

Kamerstukken II 2012/13, 28 684, nr. 379

High Impact Crimes

Brief van de Minister van V&J (15-4-2013) over het gestegen aantal woninginbraken en de 'high impact crimes' (HIC).

- In deze brief gaat de minister, ter voorbereiding op het 30-ledendebat over de cijfers van de Nationale Poli- tie, waaruit blijkt dat het aantal woninginbraken is toegenomen, in op de oorzaken van die stijging en de te nemen acties. Ook gaat de minis- ter, zoals toegezegd tijdens het AO van 21 maart 2013 over de vermeen- de opleidingsstop bij de Politieacade- mie, in op de aanpak en de targets voor de zogenoemde high impact cri- mes (HIC): woninginbraak, overval- len, straatroof en geweld.

Kamerstukken II 2012/13, 29 628, nr. 385

Politie en rechtspraak

Verslag algemeen overleg van 13-3-2013 (vastgesteld 24-4-2013) over Locatiebeleid politie, meldkamers, rechtspraak, Openbaar Ministerie, en sluiting van 24 kantonlocaties.

- Dit is een geredigeerd woordelijk verslag van het overleg dat de vaste cie. voor V&J heeft gevoerd met de minister van V&J over de brief van de minister d.d. 14 december 2012 over locatiebeleid, meldkamers, recht- spraak en Openbaar Ministerie (29 628, nr. 348), en de brief van de minister d.d. 14 december 2012 over het beleid voor de sluiting van 24 kantonlocaties (32 891, nr. 22).

Kamerstukken II 2012/13, 29 628, nr. 387

Medezeggenschap

Brief van de Minister van SZW (17-4-2013) ter aanbieding van een afschrift van zijn brief aan de SER over opvat- tingen en vragen van de Kamer betreffende medezeggenschap.

- Het afschrift is als bijlage bij dit Kamerstuk te vinden.

Kamerstukken II 2012/13, 29 818, nr. 38

Onderzoeksrapporten Inspectie SZW

Brief van de Staatssecretaris van SZW (18-4-2013) waarbij zij twee onder-

zoeksrapporten van de Inspectie SZW aanbiedt.

- Het betreft onderzoeken naar 'Implementatie zoekperiode jonge- ren' en 'Bredere kijk op gegevens'. Sinds 1 januari 2012 moeten jongeren tot 27 jaar die bij de gemeenten een WWB-uitkering aanvragen eerst zelf vier weken zoeken naar werk of, vanaf 1 juli 2012, hun scholingsmogelijkhe- den nagaan. De inspectie SZW heeft onderzocht hoe gemeenten en UWV invulling geven aan de implementatie van de aangescherpte voorwaarde. De Inspectie constateert dat gemeenten de technische kant van de implemen- tatie in het uitvoeri-ngsproces goed en tijdig hebben opgepakt. De Inspectie constateert verder dat bij een aanzien- lijk deel van de gemeenten deze imple- mentatie zonder de nodige bestuurlij- ke aandacht daarvoor heeft plaatsgevonden. Gemeenten hebben ondanks het late tijdstip van vaststel- ling van de wetsaanpassing tijdig amb- telijke richtlijnen vastgesteld waaraan jongeren kunnen worden getoetst op hun zoeken naar werkgedrag als zij aankloppen voor een WWB-uitkering bij de gemeente. Gemeenten erkennen dat dit nog beleidsarm is ingevuld en in de periode van het onderzoek niet is vastgelegd in verordeningen of beleidsregels. De inspectie SZW heeft voorts onderzocht in hoeverre gemeenten, UWV en SVB zijn gericht op de kwaliteit van gegevens. Het rapport bevat het oordeel van 2 onder- zoeken: 1. Aanvraagproces WWB en kwaliteit van gegevens, en 2. Correc- tieverzoeken en terugmeldingen. De inspectie concludeert dat er geen aantoonbaar verband is tussen de werkwijze van gemeenten en de kwa- liteit van de gegevens. De gegevens zijn volgens de respondenten kwali- tatief goed genoeg om de uitkerings- beslissing op te baseren. Ook heeft de samenwerking met UWV, of het ontbreken daarvan, geen invloed op de kwaliteit van de gegevens die voor de uitkeringsbeslissing worden gebruikt. De inspectie concludeert dat de bijdrage van correctieverzoe- ken en terugmeldingen aan de kwali- teit van gegevens beperkt is. Zo informeren SUWI-partijen burgers niet actief over de mogelijkheid om hun gegevens in te zien.

Kamerstukken II 2012/13, 30 545, nr. 122

Discriminatie

Verslag van een algemeen overleg van 14-3-2013 (vastgesteld 25-4-2013) over discriminatie.

- Dit AO met de minister van SZW ging over de brief van de minister van SZW d.d. 18 december 2012 'Voortgangsbrief discriminatie 2012' (30 950, nr. 47); de brief van de minister van SZW d.d. 13 maart 2013 over Antisemitisme (30 950, nr. 49); de brief van de staatssecretaris van SZW d.d. 123 maart 2013 met resultaten van het overleg met de uitzendbranche over het SCP onderzoek 'Op achterstand' (30 950, nr. 48).

Kamerstukken II 2012/13, 30 950, nr. 57

Rechtsbijstand

Verslag van een algemeen overleg van 14-3-2013 (vastgesteld 23-4-2013) over gesubsidieerde rechtsbijstand.

- Dit verslag van een overleg met de staatssecretaris van V&J ging over de brief van de staatssecretaris d.d. 1 maart 2013 betreffende de Quick scan volume-effecten gesubsidieerde rechtsbijstand (*kamerstuk 31753*, nr. 57) en de brief van de staatssecretaris d.d. 23 november 2012 over het ontwerpbesluit aanpassingen eigen bijdrage rechtzoekenden en vergoeding rechtsbijstandverleners (*kamerstuk 31753*, nr. 53).

Kamerstukken II 2012/13, 31 753, nr. 63

Archieven jeugdzorg

Brief van de Staatssecretaris van VWS (17-4-2013), mede namens de Staatssecretaris van V&J over de bewaartermijnen van archieven van jeugdzorg.

- Het Nederlands Jeugdinstituut (Nji) heeft in opdracht van Stichting Steunfonds Pro Juventute Nederland een onderzoeksrapport 'Terugvinden van jeugdzorgdossiers uit het verleden' geschreven. In het rapport zijn de diverse wettelijke bewaartermijnen per 'hulpsoort' weergegeven. Ook beschrijft het rapport per hulpsoort wat er na de wettelijke termijn met de dossiers moet gebeuren. Uit deze inventarisatie blijkt dat de wettelijke termijnen per hulpsoort sterk verschillen en mede afhankelijk zijn van de individuele situatie van de betreffende cliënt. Het Nji heeft tevens onderzocht hoe instellingen in de praktijk omgaan met bewaartermijnen. In het rapport wordt vastgesteld

dat de wettelijke termijnen door zorgaanbieders over het algemeen worden gevolgd, maar er zijn ook afwijkingen geconstateerd. Bij de bureaus jeugdzorg varieert de bewaartermijn sterker. De geconstateerde variatie wordt deels veroorzaakt door gewijzigde regelgeving. Zo gelden voor de verschillende taken van bureau jeugdzorg (vrijwillige hulpverlening, jeugdbescherming en jeugdreclassering) andere bewaartermijnen en zijn de huidige wettelijke termijnen voor de meeste instellingen nog geen tien jaar geleden vastgesteld. Daarbij zijn die termijnen de laatste jaren veelal verlengd. Zo kan het voorkomen dat instellingen in het verleden dossiers hebben vernietigd op grond van de toen geldende wet, terwijl dergelijke dossiers thans langer bewaard moeten blijven. Het Nji stelt vast dat de variatie in wettelijke en in de praktijk gehanteerde bewaartermijnen de situatie voor cliënten onoverzichtelijk maakt. Door de verschillende termijnen kan het voor cliënten lastiger zijn om dossiers terug te vinden. Aanbevolen wordt om de bewaartermijnen zoveel mogelijk gelijk te trekken en daarbij de termijnen in het algemeen te verlengen.

Kamerstukken II 2012/13, 31 839, nr. 286

Non-Proliferation and Disarmament Initiative

Brief van de Minister van BuZa (3-4-2013) over de Nederlandse inzet bij de halfjaarlijkse bijeenkomst van het Non-Proliferation and Disarmament Initiative (NPDI) welke op 9 april in Den Haag plaatsvond.

- In 2010 hebben de ministers van Buitenlandse Zaken van Japan en Australië het initiatief genomen om, met een regio-overschrijdende groep landen op ministerieel niveau, voortgang te maken op de ontwapeningen non-proliferatieagenda. Het NPDI wil dit bereiken door middel van praktische stappen op basis van de actiepunten uit het slotdocument van de Toetsingsconferentie van het Non-Proliferatie Verdrag (NPV) in 2010. Het uiteindelijke doel van deze inspanningen is een kernwapenvrije wereld, zoals dit ook in het NPV is neergelegd. Overige leden zijn Canada, Chili, Duitsland, Mexico, Nederland, Polen, Turkije en de Verenigde Arabische Emiraten.

Nederland hecht groot belang aan de praktische initiatieven die worden ontplooid door deze groep. Deze NPDI-ministeriële richt zich onder meer op de inzet voor de bijeenkomst van het NPV Voorbereidingscomité, die van 22 april tot 3 mei 2013 zal plaatsvinden in Genève. Het NPDI heeft daarbij de volgende prioriteiten. Op het terrein van ontwapening moedigt het NPDI de kernwapenstaten aan tot transparantie met betrekking tot hun kernwapenarsenalen. Daarnaast streeft het NPDI er naar om de rol en betekenis van kernwapens in militaire doctrines te verminderen. Behalve voor ontwapening, zet het NPDI zich ook in voor versterking van het waarborgensysteem (safeguards) van het Internationaal Atoomenergieagentschap (IAEA). Daarbij kan gedacht worden aan universalisering van belangrijke juridische instrumenten, zoals het IAEA Additioneel Protocol. De landen van het NPDI erkennen voorts het gevaar van nucleair terrorisme en steunen Nederland bij het realiseren van de doelstellingen van de Nuclear Security Summit 2014 in Den Haag waaraan zij alle zullen deelnemen.

Kamerstukken II 2012/13, 33 400 V, nr. 126

Plastic soep

Brief van de Minister van I&M (18-4-2013) over de aanpak van zwerfvuil op zee.

- Het Kabinet heeft in de Mariene Strategie Deel I ook de problematiek van zwerfvuil op zee, waaronder microplastics (ook wel 'Plastic Soep' genoemd), uiteengezet. Ter voorbereiding op het AO van 24 april 2013 over de Noordzee en de Wadden informeert de minister de Kamer over het handelingsperspectief dat er is om zwerfvuil op zee terug te dringen en de bijdrage die het ministerie daaraan levert. Nationaal en internationaal wil het Kabinet zich meer inspannen voor terugdringing van het zwerfvuil op zee, waaronder microplastics. Concreet kader hiervoor is de implementatie van de Europese Kaderrichtlijn Mariene Strategie (KRM, 2008), waarbinnen zwerfvuil één van de aspecten is die moet worden geadresseerd in de mariene strategieën van de lidstaten.

Kamerstukken II 2012/13, 33 450, nr. 2

Agenda voor de appelrechtspraak

De gerechtshoven hebben een Agenda voor de Appelrechtspraak 2020 opgesteld. Directe aanleiding is de medio 2012 in werking getreden wettelijke voorziening die de Hoge Raad in staat stelt aan de poort te selecteren, maar de hoven hebben de gelegenheid aangegrepen om in brede kring te spreken over hun positie als appelrechter en feitelijke eindrechter. De opgestelde Agenda bevat de weerslag van de gevoerde discussies.

Twee aspecten in het bijzonder hebben de inrichting van deze Agenda bepaald en maken haar innovatief. Gekozen is voor het perspectief van de rechtzoekenden als rode draad in de opbouw en keuzes. Verder is er een kanteling naar systeemoverleg omdat de hoven naast rechtspraak in de individuele zaak hun intermediaire positie binnen de rechtspraakkolom benadrukken en vanuit dat perspectief richting eerstelijns en cassatierechter invulling geven aan rol en taken. De Agenda markeert volgens de samenstellers een belangrijk moment in de ontwikkeling van de appelrechtspraak. Belangrijk vanwege de innovatieve aspecten maar niettemin een moment, omdat de discussie de komende jaren verder zal gaan. De Agenda kiest aanknopingspunten om het debat verder te voeren. Het is aan de besturen van de hoven om in de komende tijd keuzes te maken over tempo en prioriteiten bij de implementatie.

Dit zijn dan de Agendapunten voor de Appelrechtspraak:

Rechtsbescherming

Waar mogelijk en bevoegd bieden de hoven rechtzoekenden gelegenheid hun zaak opnieuw aan de rechter voor te leggen. Dat blijft hun belangrijkste opdracht.

Rechtzoekenden moeten er op kunnen vertrouwen dat hun zaak in appel weloverwogen en hoogwaardig wordt behandeld.

Rechterlijke autonomie

De in de afgelopen jaren ingezette lijn van overleg, afstemming en procesmatige afspraken wordt voortgezet en versterkt. Steeds zal bij horizontaal en verticaal overleg en te maken afspraken de rechterlijke autonomie in de individuele zaak voorop staan. Daarmee heeft de gebondenheid van de rechter aan gemaakte afspraken per definitie een relatief karakter, maar zij is niet vrijblijvend en zij wordt met openheid omgeven.

Systeemoverleg

De hoven overzien de rechtspraak in eerste aanleg die aan hen wordt voorgelegd en zijn voorportaal voor de cassatierechter wanneer bij hem beroep wordt ingesteld. Vanuit die positie organiseren zij systeemoverleg met de rechtbanken in hun ressort en hovenbreed met de Hoge Raad teneinde vraagstukken van algemene en processuele aard te bespreken en waar verantwoord afspraken te maken. Over de uitkomsten die extern werken zijn zij transparant.

Tijdigheid

Permanente inzet op tijdigheid is een belangrijk vertrekpunt voor veel innovatie (regiezitting, termijnregelingen, gebruik modellen, zittingsplanning, poortselectie, zaaks- en zittingsdifferentiatie en digitalisering).

Deskundigheid

De hoven zetten in op effectieve kwaliteit in de rechtspraak. Dat betekent meer specialisatie (niet alleen op rechtsgebied - straf, civiel (handel/familie) en belasting - maar verdergaand ook binnen het rechtsgebied) en concentratie, samenwer-

king op specialisme tussen rechtsgebieden en hoven, kennisdeling, stelselmatige terugkoppeling op eerste lijn en cassatierechter en de organisatie van professioneel debat onder meer met het oog op de ontwikkeling van professionele standdaarden voor de feitenrechter.

Voorspelbaarheid

Zonder afbreuk te doen aan de noodzakelijke ruimte voor rechtsontwikkeling nemen de hoven gezamenlijk en binnen hun ressort verantwoordelijkheid voor de uniforme rechtstoepassing.

Eenvoud

De hoven streven met alle noodzakelijke rechtswaarborgen naar een hervorming van het procesrecht waarin eenvoud, snelheid en toegankelijkheid centraal staan en wordt ingespeeld op digitalisering van dossiers en procesvoering.

Maatwerk

Maatwerk neemt de rechtzoekende serieus. Binnen de ruimte die het rechtsgebied geeft, zullen de hoven op de behoefte aan maatwerk actief inspelen. Dat kan spanning opleveren met eisen van bedrijfsvoering die in de rechtspraak nimmer leidend mogen zijn.

Thema's

De aanbevelingen die in de Agenda zijn opgenomen zijn opgesteld naar de rechtsgebieden waarop de hoven bevoegd zijn - civiel, straf en belasting - en zijn toegespitst op de volgende thema's:

- (a) functie van het hoger beroep;
- (b) toelating tot hoger beroep;
- (c) procesinnovatie;
- (d) kwaliteit feitenrechtspraak. •

De Agenda voor de Appelrechtspraak 2020 is te vinden op rechtspraak.nl

Computercriminaliteit in het vizier

De aanpak van computercriminaliteit wordt steviger aangepakt blijkt uit een wetsvoorstel (Computercriminaliteit III) dat minister Opstelten voor advies naar verschillende instanties heeft gestuurd, zoals het openbaar ministerie en de Raad voor de rechtspraak.

De bewindsman wil politie en justitie op afstand onderzoek laten doen in computers van criminelen en - indien nodig - gegevens overnemen of ontoegankelijk maken. Het betreft het zogeheten 'onderzoek in een geautomatiseerd werk' dat opsporingsambtenaren ruimte geeft onder strikte voorwaarden verschillende onderzoekshandelingen toe te passen bij opsporing van ernstige delicten.

Daarbij gaat het niet alleen om het ontoegankelijk maken of het overnemen van gegevens, zoals kinderpornografie of opgeslagen e-mailberichten met informatie over misdrijven, maar ook om het aftappen van communicatie of observatie. Er gelden strikte waarborgen voor de toepassing van de nieuwe bevoegdheid, zoals een voorafgaande rechterlijke toetsing, certificering van de software die wordt gebruikt en de logging van gegevens.

Een eerdere brief aan de Tweede Kamer meldt dat de ontwikkelingen op het gebied van de cybercrime tot actie dwingen. Als criminelen bijvoorbeeld bezig zijn met behulp van botnets vitale onderdelen van de samenleving plat te leggen, moet daar beter tegen opgetreden kunnen worden, aldus Opstelten. Botnets zijn grootschalige netwerken van semi-autonoom werkende softwarerobots

op 'zombiecomputers', die op afstand kunnen worden bediend om illegale acties uit te voeren, zoals het versturen van spam, het verzamelen van (bedrijfs)geheimen, creditcardgegevens en wachtwoorden. DDos-aanvalen en het verspreiden van malware behoren ook tot de mogelijkheden. Om een botnet onschadelijk te maken, is het noodzakelijk toegang te krijgen tot de servers die daar onderdeel van zijn. Het optreden in cyberspace kan met zich meebrengen dat gegevens ontoegankelijk worden gemaakt, ook als deze zich op een server in het buitenland bevinden. Dit kan het geval zijn als de feitelijke locatie van de gegevens redelijkerwijs niet is te achterhalen, zoals bij gegevens in de Cloud.

Versleutelde bestanden

Bij het aftappen van communicatie hebben politie en justitie steeds meer last van versleuteling van elektronische gegevens. Op internet worden speciale programma's aangeboden om gegevensbestanden te versleutelen. Informatiesystemen en software zijn dikwijls standaard ingesteld op versleutelde vormen van communicatie, bijvoorbeeld Gmail en Twitter. Internetgebruikers kunnen zelfs via bepaalde diensten gegevens anoniem transporteren. Dit speelt criminelen in de kaart. Weliswaar is de aanbieder verplicht mee te werken aan het ongedaan maken van versleutelde communicatie, maar daar is hij soms zelf niet toe in staat of de aanbieder is gevestigd in het buitenland. Daarom wil Opstelten dat politie en justitie bij ernstige strafbare feiten onder strikte voorwaarden kunnen aftappen op het

apparaat in plaats van op de verbinding. Het onderzoek in een geautomatiseerd werk moet dat mogelijk maken.

Het wetsvoorstel voorziet tevens in de mogelijkheid om verdachten van het bezit en de handel in kinderpornografie of van terroristische activiteiten te verplichten mee te werken aan het openen van versleutelde bestanden op hun computer. De officier van justitie geeft dan een zogeheten decryptiebevel aan de verdachte. Politie en justitie krijgen dan toegang tot afgeschermd gegevens en kunnen de vervaardiging, de verspreiding en het bezit van kinderpornografie effectiever bestrijden en hulp bieden aan de slachtoffers. Ook hiervoor gelden strikte waarborgen, waaronder een voorafgaande rechterlijke toetsing. Op het negeren van een decryptiebevel van de officier van justitie staat een gevangenisstraf van maximaal drie jaar.

Heling gegevens

Verder wil Opstelten regelen dat heling van computergegevens strafbaar wordt. Daarmee wil hij voorkomen dat bijvoorbeeld na een inbraak in een computer derden de gestolen informatie in handen krijgen. Voor een veroordeling is het van belang dat de verdachte wist of kon vermoeden dat de bewuste informatie van misdrijf afkomstig is. In de praktijk worden regelmatig computergegevens gebruikt die door misdrijf verkregen zijn, bijvoorbeeld door hacken van een computer of door het listig afhandig maken van wachtwoorden en toegangscode van gebruikers. Er komt een gevangenisstraf van maximaal een jaar op te staan. •

Bij het aftappen van communicatie hebben politie en justitie steeds meer last van versleuteling van elektronische gegevens

1242

Rechtbank verliest onbevangenheid na informele bestuurlijke lus

De Centrale Raad van Beroep oordeelt in een uitspraak van 16 april 2013 (*LJN BZ7385*) dat de wijze waarop de rechtbank in deze zaak gestalte heeft gegeven aan de informele bestuurlijke lus zich niet verdraagt met de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt.

De rechtbank had in deze zaak aan het college verzocht om zijn standpunt inzake de gezamenlijke huishouding van appellante en [M.] nader te onderbouwen. Maar dit verzoek was wel zeer gedetailleerd. De rechtbank achtte het

noodzakelijk dat de buurtbewoners door de sociale recherche opnieuw zouden worden gehoord en dat hun verklaringen in ambtsedig opgemaakte processen-verbaal zouden worden neergelegd. Voorts heeft de rechtbank nauwkeurig aangegeven op welke punten de sociale recherche de buurtbewoners zou moeten bevragen. Door haar verzoek zo minutieus te formuleren, heeft de rechtbank de schijn gewekt zich te verbinden met het mogelijke resultaat van het door het college op haar verzoek verrichte onderzoek. Bij appellante kon daardoor de indruk ontstaan dat de

rechtbank haar onbevangenheid had verloren bij de beoordeling van de mogelijke verweren en bewijzen van appellante. De wijze waarop de rechtbank in het geval van appellante gestalte heeft gegeven aan de informele bestuurlijke lus, verdraagt zich daarom niet met de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt. De beroepsgrond van appellante dat de rechtbank ten onrechte haar beslissing op de aanvullende verklaringen van de buurtbewoners heeft gebaseerd trof dan ook doel. •

1243

Paspoort veroordeelde eerder en vaker ingetrokken

De Rijksministerraad heeft ingestemd met een voorstel van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie om al bij een opgelegde gevangenisstraf van vier maanden het Openbaar Ministerie te vragen het paspoort van een veroordeelde in te trekken. Nu ligt die grens nog op zes maanden. Door het paspoort in te trekken wordt voorkomen dat veroordeelden hun straf ontlopen door naar het buitenland te vluchten. Ook een ontnemings- of schadevergoedingsmaatregel kan reden voor intrekking van het paspoort worden.

De termijn van vier maanden sluit aan bij de termijn voor het uitvaardigen van een Europees opsporingsbevel voor voortvluchtige veroordeelden. Een paspoort kan nu ook al worden ingetrokken bij een opgelegde geldboete van € 3900 of hoger. De bewindslieden willen daar een opgelegde ontnemingsmaatregel (uit de 'pluk ze'-wetgeving) en een opgelegde schadevergoedingsmaatregel van € 3900 euro of meer aan toevoegen. Het is de bedoeling om het voorstel bij de Tweede Kamer in te dienen als nota van wijziging op het wetsvoorstel over de Paspoortwet dat al bij de

Tweede Kamer ligt (*Kamerstukken II* 33 440). Dat wetsvoorstel regelt het verdwijnen van de vingerafdruk van de Nederlandse identiteitskaart en het verlengen van de geldigheidsduur van het paspoort en Nederlandse identiteitskaart van 5 naar 10 jaar. De Ministerraad heeft ermee ingestemd de nota van wijziging voor advies aan de Raad van State te zenden. De tekst van de nota van wijziging en van het advies van de Raad van State worden openbaar bij indiening bij de Tweede Kamer. •

Aanpak falend onderwijsbestuur

Bestuurders en toezichthouders van onderwijsinstellingen kunnen straks niet alleen bij financieel wanbeleid maar ook bij onderwijskundig falen worden aangepakt. Ook wordt het mogelijk om bestuurders of toezichthouders te schorsen of te ontslaan om daarmee de continuïteit van het onderwijs aan leerlingen en studenten te kunnen garanderen. Bestuurders en toezichthouders die op onbehoorlijke wijze hun taak vervullen kunnen daarnaast hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld.

Dat schreven minister Jet Bussemaker en staatssecretaris Sander Dekker van OCW op 19 april aan de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 33 495, nr. 10). Doel van de maatregelen is het verbeteren van de kwaliteit van het bestuur van en het in- en extern toezicht op onderwijsinstellingen. De maatregelen komen pas in beeld als bestuurders zelf geen gebruik maken van het instrumentarium dat hen al ter beschikking staat (bijvoorbeeld in governance codes), en er blijk van geven dat hun moreel kompas niet goed genoeg staat afgesteld om in het onderwijs te kunnen werken.

Medezeggenschap en informatie-uitwisseling

Door versterking van de (mede-)zeggenschap moet de stem van studenten, ouders, leerlingen en onderwijspersoneel een betere plek krijgen op scholen. Daarnaast wordt de informatie-uitwisseling tussen interne toezichthouder en de Inspectie van het Onderwijs wettelijk vastgelegd. Ook komen er strengere regels voor onderwijsjaarverslagen; minder terugkijken en meer vooruit. Op die manier komen bijvoorbeeld grote huisvestingsinvesteringen eerder en beter in beeld, voor zowel raden van toezicht, instellingsaccountants en de Inspectie. Sinds begin dit jaar

houdt de Inspectie scherper toezicht op de financiële continuïteit en kijkt ze ook naar personele lasten en eventuele negatieve financiële buffers. Tevens breidt de Inspectie haar escalatieladder kwaliteitstoezicht uit naar financieel toezicht.

Bestuurders en toezichthouders

De bewindslieden laten de Kamerleden weten dat zij het ongenoegen delen over de rol die het *old boys network* nog teveel vervult bij het benoemen van bestuurders en toezichthouders. Coöptatie en het benoemen van 'gelijken' moeten worden doorbroken. Kwalitatief goede bestuurders en interne toezichthouders moeten op een transparante wijze geworven en benoemd worden. Om naast kwaliteit en ook diversiteit te borgen, dienen werving en selectie plaats te vinden op basis van profiel-schetsen. Dit is van zo'n groot belang dat zij het uitgangspunt van een open en transparante procedure wettelijk gaan verankeren c.q. aanscherpen in sectorale wetgeving. Het centrale medezeggenschapsorgaan krijgt daarnaast een wettelijk adviesrecht bij benoeming of ontslag van bestuurders. Om de positie van de interne toezichthouders te versterken, is het belangrijk dat zij onafhankelijk van het bestuur informatie vergaren ter ondersteuning van hun taak als controleur. Ook is het van belang dat er voldoende binding bestaat tussen werkvloer en toezichthouder. De uitbreiding van rechten van de medezeggenschap om advies uit te brengen bij benoemingen en ontslag van bestuurders (aan de interne toezichthouder) en om te overleggen met de interne toezichthouder moeten dit bevorderen. De bewindslieden verwachten van de interne toezichthouder dat hij zaken die twijfels oproepen ten aanzien van rechtmatigheid en integriteit die een bredere uitstraling kunnen heb-

ben, tijdig in gesprek brengt bij de Inspectie van het Onderwijs. Dat is in het verleden niet altijd tijdig gebeurd. Het is van belang dat de toezichthouder zich realiseert welke informatie de externe toezichthouder nodig kan hebben om zijn taak goed te kunnen uitvoeren. Daarom zal, analoog aan de woningwet, bij wet worden vastgelegd in welke gevallen de interne toezichthouder de Inspectie van het Onderwijs moet informeren over zaken die hij in zijn toezichtsrol tegenkomt.

Financieel beheer

Voor wat betreft de verbetering van het financieel beheer zal aansluiting worden gezocht bij de toekomstige maatregelen uit het sectoroverstijgende onderzoek naar financieel beheer, verantwoording en toezicht in (semi) publieke sectoren.

Bij financiële vraagstukken is het van belang dat het bestuur (vaak impliciete) afwegingen en veronderstellingen expliciteert en daarover transparant is. Daartoe moet het jaarverslag meer transparant worden, bijvoorbeeld over de financiële risico's gerelateerd aan investeringen in huisvesting en demografische krimp. Daarvoor is het noodzakelijk dat het jaarverslag een met cijfers onderbouwde beschouwing bevat over de door de instelling verwachte ontwikkelingen op cruciale punten van beleid en organisatie. Deze zogenaamde continuïteitsparagraaf, waarbij drie jaar vooruit wordt gekeken, moet ook de financiële gevolgen van toekomstige ontwikkelingen gaan bevatten. De bewindslieden gaan een tijdelijke voorziening treffen in de vorm van een voorschrift om deze continuïteitsparagraaf in het jaarverslag op te nemen. Dit voorschrift zal gelden tot het moment dat de continuïteitsparagraaf voldoende is verankerd in de governancecodes van de sectoren. •

1245

Amsterdams verblijfsverbod niet in strijd met Opiumwet

De burgemeester van Amsterdam mocht in maart en juni 2011 twee mannen bevelen drie maanden lang weg te blijven uit een zogenoemd dealeroverlastgebied in het centrum van Amsterdam. Zo'n bevel op grond van de Algemene plaatselijke verordening is niet in strijd met de Opiumwet. Dat heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bepaald in twee uitspraken van 1 mei 2013 (*LJN BZ9048* en *BZ9045*).

De burgemeester had de bevelen gegeven, nadat was geconstateerd dat de mannen in het centrum (nep)drugs te koop aanboden. In de Apv van Amsterdam staat dat het verboden is 'zich op of aan de weg op te hou-

den als aannemelijk is dat dit gebeurt voor het kopen of te koop aanbieden van drugs of middelen die daarop lijken'. In geval van herhaling kan de burgemeester het bevel geven weg te blijven uit een overlastgebied voor een periode van drie maanden.

De Raad van State is van oordeel dat dit gemeentelijk verbod geen voorschriften uit de Opiumwet dupliceert. Dit betekent dat de gemeenteraad door dit verbod op te nemen in de Apv 'niet buiten zijn verordende bevoegdheid is getreden'. De burgemeester mocht verder aan de mannen de bevelen opleggen, omdat aannemelijk was dat zij zich bij herhaling in het centrum ophielden om (nep)drugs te koop aan te bieden, aldus de hoogste bestuursrechter.

Softdrugsverbod

Deze uitspraak onderscheidt zich van een eerdere uitspraak van de Raad van State uit juli 2011 waarin de burgemeester op basis van een andere Apv-bepaling een locatie had aangewezen waar een softdrugsverbod gold. In die uitspraak oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat er geen ruimte was voor een dergelijk verbod, omdat daarmee iets werd verboden dat ook al in de Opiumwet is verboden.

Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelde op 19 februari jl. in een strafrechtelijke procedure ook al dat het Amsterdamse verblijfsverbod de Opiumwet niet dupliceert. •

1246

Ontruiming verboden na toetsing aan artikel 8 EVRM

Een kraker mag van de rechter in een gedeelte van een voormalige slachterij blijven wonen. Hij vorderde met succes een verbod op ontruiming. De voorzieningenrechter in Haarlem komt op 11 maart 2013 (*LJN BZ5008*) tot de conclusie dat, in het licht van art. 8 EVRM, het gebruik als kraakwoning prevaleert boven het gebruik van de voormalige slachterij door de huidige huurder.

De voorzieningenrechter had een eerder door de kraker gevorderd verbod tot strafrechtelijke ontruiming wel afgewezen maar de Staat is vervolgens niet tot ontruiming overgegaan. Sindsdien hebben zich nieuwe feiten en omstandigheden voorgedaan, waardoor de voorzieningenrech-

ter opnieuw moet beoordelen of de ontruiming de proportioneel is. Hierbij neemt de voorzieningenrechter allereerst in aanmerking dat bij kort gedingvonnis van 21 december 2012 het door de kraker gevorderde verbod tot ontruiming is afgewezen en dat de Staat vervolgens niet tot ontruiming is overgegaan. Pas begin maart 2013 is de ontruiming aangezegd. Gelet op het tijdsverloop ligt het niet voor de hand dat de huurder de gekraakte ruimtes zeer dringend nodig heeft. Bovendien heeft op 18 januari 2013 een veiling plaatsgevonden zonder dat de gekraakte ruimtes zijn gebruikt terwijl huurder had gesteld de gekraakte ruimtes nodig te hebben tijdens veilingen die hij in het pand organiseert.

De Staat heeft geen feiten of omstan-

digheden aangevoerd waaruit voortvloeit dat de veilingen niet georganiseerd kunnen worden zonder dat gebruik kan worden gemaakt van de gekraakte ruimtes dan wel dat enig nadeel is voortgevloeid voor de veiling van 18 januari 2013. Hiertegenover staat het in artikel 8 EVRM beschermde belang van de kraker bij huisvesting. Nu voorts duidelijk is geworden dat de huurder per 31 december 2013 het gebruik van het Slachthuis zal beëindigen, is de voorzieningenrechter van oordeel dat het gebruik van de ruimtes door de kraker moet prevaleeren boven het gebruik van de ruimtes door de huurder. De vordering om de Staat te verbieden de door de kraker gebruikte ruimtes te ontruimen wordt toegewezen. •

Wilt u dat uw (juridische) proefschrift of dat van iemand die u kent aangekondigd wordt in deze rubriek dan kunt u het proefschrift en een samenvatting sturen naar het redactie-bureau; zie colofon.

Eredoctoraat

Op vrijdag 31 mei 2013 om 12.15 uur vindt er aan de Universiteit Maastricht een academische zitting plaats ter gelegenheid van de uitreiking door de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van het eredoctoraat aan *prof. dr. Christine Van den Wyngaert*. Erepromotor is prof. dr. A.H. Klip. Van den Wyngaert is een Belgisch jurist, hoogleraar internationaal strafrecht aan de Universiteit Antwerpen en rechter bij het Internationaal Strafhof. In 2005 legde zij de eed af als permanent rechter van het Internationaal Joegoslavië-tribunaal van de Verenigde Naties. In 2009 werd ze benoemd tot rechter bij het Internationaal Strafhof. Van Den Wyngaert ontving eerder in 2001 een eredoctoraat van de universiteit van Uppsala in Zweden en op 9 december 2009 een eredoctoraat van de Vrije Universiteit Brussel. •

Plaats: Universiteit Maastricht, Minderbroedersberg 4-6.

Oraties

Wij verlangen onze vrijheid!



Op 17 mei 2013 om 15.00 uur neemt *prof. dr. C.W. (Cees) Maris*, hoogleraar Rechtsfilosofie aan de Universiteit van Amsterdam, afscheid met zijn afscheidsrede *Wij verlangen onze vrijheid!*. De rede, waarin Maris zelf de rol van rechter speelt, heeft de vorm van een theatrale rechtszaak over slavernij, met de historische figuren Capitein, Locke en de slavin Virginia als hoofdpersonen. Daarbij komen naast slavernij actuele thema's aan de orde zoals de objectiviteit van recht en rechtspraak en de verhouding van staat en religie. De voorstelling haakt aan bij de Herdenking Slavernijverleden 2013 en is verbonden met twee andere manifestaties over slavernij in het Stadsarchief en Bijzondere Collecties. Het project

betreft een grensoverschrijdende interactie tussen wetenschap en theater, in een samenwerkingsverband van academici, theatermensen en kunstenaars.

Wij verlangen onze vrijheid! vertelt het verhaal van de rechtszaak van de slavin Virginia die haar vrijheid opeist. De advocaten Capitein en Locke spelen nogal dubbelzinnige rollen in deze zaak. De theoloog Jacobus Capitein was als Afrikaanse jongen zelf slaaf geweest, maar pleitte in zijn Leidse proefschrift voor slavernij. De filosoof John Locke verwierp slavernij omdat hij vond dat alle mensen gelijk zijn, maar bezat aandelen in de slavenhandel. De uitslag van het proces staat dus niet bij voorbaat vast. Zang van de Ghanese Rebecca Atanga geeft het toneelstuk muzikale verdieping.

Maris' theatrale afscheidsrede gaat niet alleen kritisch in op slavernij, maar ook op de geloofwaardigheid van recht en rechtsspraak, de publieke rol van religie, de objectiviteit van academisch onderzoek en de verhouding tussen waarheid en schoonheid. Een belangrijke actuele vraag is: Moet de rechtsstaat neutraal zijn of mag hij steunen op religieuze argumenten? Meer in het algemeen: wat is waarheid?

De première van *Wij verlangen onze vrijheid!* in de Lutherse Kerk is gratis toegankelijk voor alle geïnteresseerden. De voorstelling is hierna nog viermaal te zien in het Stadsarchief Amsterdam en in Bijzondere Collecties van de Universiteit van Amsterdam in combinatie met de tentoonstelling Slavernij verbeeld. •

Plaats: Lutherse Kerk Amsterdam

Promoties

De kosmopolitische traditie van het internationale recht



Dit proefschrift van *Geoffrey Gordon* verkent een slecht-erkende stroom van de kosmopolitische gedachte - wat hij noemt aangeboren kosmopolitisme - in het internationaal publiekrecht. Kosmopolitisme omvat over het algemeen een streven naar een harmonieuze en universele wereldorde. Het internationale sys-

teem, daarentegen, wordt vaak aangeduid als een anarchistisch systeem; enige vorm van orde wordt beschouwd als een afhankelijkheid van de wil van staten of andere actoren die in hun eigenbelang handelen. Aangeboren kosmopolitisme is een gedachtestroom in het internationaal recht die de internationale orde zou consolideren rond universele normen, die niet kunnen worden ontkend door een of meerdere individuele actoren. Voor de aangeboren kosmopolitisme stroming vloeien die normen voort uit een gevoel van de wereld als een collectief geheel, met belangen en zelfs een eigen wil.

In dit kader toont Gordon aan dat er een lange, maar slecht erkende traditie in het internationaal recht is, die teruggaat tot in de 16e eeuw, van het doen van een beroep op de belangen en de wil van de wereld als geheel als basis voor het internationaal recht. Die traditie gaat ervan uit dat de wereld als geheel iets meer is dan de som der delen, en dat ze onafhankelijk is van hen. In deze denklijn kan internationaal recht worden gebaseerd op zaken als de publieke opinie, of een mondiaal publiek geweten, die rechtstreeks uit de wereld zelf komen, in plaats van dat ze komen vanuit vertegenwoordigers van specifieke politieke gemeenschappen, zoals staten.

De aangeboren kosmopolitische traditie is een intuïtief discours en heeft een zeer lange geschiedenis, maar de stroming is nooit helder gearticuleerd of erkend. Het boek brengt de consistenties in het discours rond aangeboren kosmopolitische ideeën door de tijd heen aan het licht, waardoor het discours gezien kan worden als een duidelijke eigen doctrine. Hierdoor kan het aangeboren kosmopolitische discours ook onderscheiden worden van andere, beter bekendere theorieën van kosmopolitisme, zoals het liberale en constitutionele kosmopolitisme. Dit proefschrift vergemakkelijkt een meer gedisciplineerde wijze van behandeling van het aangeboren kosmopolitische discours, met inbegrip van kritiek. In een tijd van een toenemend beroep op de belangen van en de wil van de wereld als basis voor internationaal recht, is meer discipline nodig met betrekking tot dergelijke argumenten.

Gordon's methode omvatte een korte

blik op de *usual suspects* in het internationale recht: wetenschappelijke literatuur, jurisprudentie van toonaangevende rechtbanken, internationale verdragen en dergelijke. Zijn methode kan onconventioneel worden genoemd, in de zin dat hij in zijn analyse ook werk heeft betrokken dat in de loop der tijd naar de marges van het internationaal recht gedegradeerd was, zoals wetenschap die uit het collectieve geheugen is verdwenen en jurisprudentie die vaak wordt gemarginaliseerd, zoals van de meerderheid afwijkende conclusies (*dissenting opinions*) bij het Internationaal Gerechtshof. Gordon promoveerde op 22 april 2013 aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Zijn promotor was prof. dr. W.G. Werner. •

Geoffrey Gordon
Innate cosmopolitanism
Mapping a latent theory of world norms in international law

Gepubliceerd op: <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/40199>.

De onderzoeksfunctie van het Europees Parlement



Door de voortschrijdende Europese integratie zijn steeds meer bevoegdheden overgeheveld van het nationale naar het Europese niveau. In de literatuur wordt er op gewezen dat de toename van uitvoerende bevoegdheden op Europees niveau niet is samengegaan met een gelijkwaardige toename van democratische controle op de uitoefening van die bevoegdheden. Daardoor zou de Europese Unie te kampen hebben met een verantwoordingstekort, waarmee wordt bedoeld dat er onvoldoende verantwoording wordt afgelegd over uitvoerend handelen in EU verband.

Als volksvertegenwoordiger op Europees niveau, heeft het Europees Parlement de belangrijke taak om de uitvoerende macht van de EU ter verantwoording te roepen. Dat kan het op verschillende manieren doen, zoals door het stellen van mondelinge en schriftelijke vragen, door het houden van debatten en door het verrichten van parlementair onderzoek. Dit proefschrift van *Christian*

Syrier, waarop hij op 11 april 2013 aan de Universiteit Maastricht promoveerde, onderzoekt de onderzoeksfunctie van het Europees Parlement. De drie kernhoofdstukken zijn gewijd aan de drie typen commissies van het Europees Parlement die parlementaire onderzoeken verrichten: de tijdelijke enquetcocommissies, de tijdelijke onderzoekscommissies en de vaste commissies. Voor elk type commissie worden de onderzoeksbevoegdheden geanalyseerd en wordt, aan de hand van een groot aantal 'case-studies', de onderzoekspraktijk onderzocht.

Hoewel dit proefschrift verschillende voorbeelden laat zien waarin de Commissie en Europese zbo's door het Europees Parlement tot het afleggen van verantwoording worden bewogen, blijkt het lastiger om de Raad van de Europese Unie en nationale regeringen ter verantwoording te roepen. Geconcludeerd wordt dat er een verband bestaat tussen, enerzijds, de mate waarin uitvoerende organen afhankelijk zijn van een goede verstandhouding met het Europees Parlement en, anderzijds, hun bereidwilligheid om verantwoording af te leggen aan het Europees Parlement. De Commissie en de Europese zbo's zijn in hun dagelijkse functioneren veelal afhankelijk van het Europees Parlement en zij kunnen het zich dus nauwelijks permitteren om medewerking aan parlementaire onderzoeken te weigeren en om eindrapporten van onderzoekscommissies te negeren. Voor de Raad van de Europese Unie, de Europese Raad en regeringen van EU lidstaten ligt dit anders. Zij hebben doorgaans niet veel van het Europees Parlement te duchten en kunnen daarom eenvoudiger ontsnappen aan het afleggen van verantwoording. Het resulterende gevaar van verantwoordingstekorten kan deels op nationaal niveau worden ondervangen door de nationale parlementen, die 'hun' nationale regeringen en hun vertegenwoordigers in de Raad van de Europese Unie en de Europese Raad ter verantwoording roepen. Echter, geen enkel nationaal parlement is in staat om de Raad van de Europese Unie en de Europese Raad als geheel ter verantwoording te roepen. Hier is aldus de schone taak weggelegd voor het Europees Parlement om verantwoor-

dingstekorten te verkleinen en te voorkomen door zowel de interinstitutionele contacten met de Europese Raad en de Raad van de Europese Unie, als de contacten met nationale parlementen te intensiveren. Het proefschrift rondt af met concrete aanbevelingen om de onderzoeksfunctie van het Europees Parlement te versterken. Die aanbevelingen hebben niet alleen betrekking op de onderzoeksbevoegdheden van het Europees Parlement, en de mogelijke uitbreiding daarvan, maar ook op de manier waarop het Europees Parlement van die bevoegdheden gebruik zou moeten maken om te voorkomen dat de uitvoerende macht van de Europese Unie ontsnapt aan het afleggen van verantwoording. Syrier's promotores waren prof. mr. L.F.M. Verhey en prof. dr. E.I.L. Vos. •

C.N. Syrier
The investigative function of the European Parliament
Holding the EU executive to account by conducting investigations

Wolf Legal Publishers 2013, 287 p., € 29,95
 ISBN 978 90 5850 959 8

Scripties

De redactie biedt aan studenten de mogelijkheid om met een korte samenvatting van hun masterscriptie in dit tijdschrift te komen. Daarnaast wordt de gehele versie van het document op de website van het NJB geplaatst. De redactie wil graag een podium bieden voor de vele mooie juridische teksten en innovatieve opvattingen van studenten die tot nu toe nog te weinig onder de aandacht komen van de vele juristen die in ons land werkzaam zijn. Heb je belangstelling om te worden geselecteerd voor opname van een samenvatting van je masterscriptie in het NJB? Stuur dan je scriptie, voorzien van een samenvatting van maximaal 200 woorden, het eindcijfer (minimaal een acht) dat je voor de scriptie hebt ontvangen en ook je afstudeerrichting en de naam van je scriptiebegeleider, naar het redactie-bureau van het NJB, postbus 30104, 2500 GC Den Haag of e-mail: njb@kluwer.nl.

Koninklijke onderscheiding



Prof. mr. Corjo Jansen is benoemd tot Ridder in de Orde van de Nederlandse Leeuw. Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Daarnaast is hij al jaren bijzonder hoogleraar Romeins recht aan de Universiteit van Amsterdam en voorzitter van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit. Jansen is sinds jaar en dag verbonden aan het Nederlands Juristenblad als medewerker Rechtsgeschiedenis. •



Dr. Anne-Marie de Brouwer, universitair hoofddocent bij het *Department of Criminal Law* van Tilburg University,

is benoemd tot Ridder in de Orde van Oranje Nassau. De Brouwer, tevens *research fellow* bij het *International Victimology Institute Tilburg INTER-VICT*, is onderscheiden vanwege haar bevoegdheid om zowel professioneel als privé verschil te maken. Zij geldt als internationaal toonaangevende expert op het gebied van slachtoffers van seksueel geweld in oorlogssituaties. De Brouwer is een veelgevraagd spreker op internationale en nationale congressen, adviseert de Verenigde Naties en nationale en internationale stichtingen die werkzaam zijn op dit thema, en begeleidt jonge onderzoekers. •

Gemeenschappelijk Hof van Justitie

De heer mr. E.J. van der Poel wordt per 17 augustus 2013 de nieuwe president van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Van der Poel was tot en met 31 december 2012 bestuurslid van het fusiebestuur van het te fuseren Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Daarnaast was hij bestuurslid, waarnemend president en voorzitter van de sector civiel recht bij het gerechtshof in Arnhem. Verder is hij al eens twee termijnen van vijf jaar lid geweest van het Gemeenschappelijk Hof. Tevens worden vijf nieuwe leden voorgedragen voor benoeming tot lid van het Gemeenschappelijk Hof. Het betreft *de heer mr. W.J. Noordhuizen*, standplaats Aruba; *mevrouw mr. I.M. Vanwersch*, standplaats Aruba; *de heer mr. J.H.M. van de Ven*, standplaats Sint Maarten; *mevrouw mr. K. Mans*, standplaats Sint Maarten; *mevrouw mr. M.C.B. Hubben*, standplaats Curaçao. •

Sociaal-Economische Raad

De ministerraad heeft op voorstel van minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid besloten om een nieuw kroonlid en een plaatsvervangend kroonlid van de Sociaal-Economische Raad (SER) voor te dragen voor benoeming. De benoemingen gelden voor de periode van 1 mei 2013 tot 31 maart 2014. *Mevrouw dr. L.J. Gunning-Schepers* wordt voorgedragen als kroonlid. Zij is voorzitter van het college van bestuur van de Universiteit van Amsterdam en de Hogeschool van Amsterdam. *Prof. dr. P. Schnabel* wordt voorgedragen als plaatsvervangend kroonlid. Hij is hoogleraar aan de Universiteit Utrecht en was tot maart 2013 directeur van het Sociaal en Cultureel Planbureau. •

Advocatuur



Per 1 mei treedt *Liesbeth Driest* toe als partner bij Legaltree. Driest is specialist in (algemeen) bestuursrecht, met een focus

op omgevingsrecht en bestuurlijke handhaving. Zij heeft zeer ruime ervaring met complexe vergunningstrajecten, onder andere in de infrastructurale en industriële sector. Daarnaast voert zij bestuursrechtelijke handhavingprocedures in uiteenlopende sectoren zoals de bouw, de financiële dienstverlening, transport en agrarische sector. •

Per 1 mei sluit *Kika Kaldenbach* zich aan als partner arbeidsrecht bij

Voor het plaatsen van berichten in deze rubriek kunt u uw tips en informatie sturen naar njb@kluwer.nl.



Griph law & tax. Kaldenbach is de vierde partner die zich aansluit bij het Griph-model, waarin ervaren advocaten en fiscalisten als zelfstandige ondernemers hun praktijk voeren. •



Het internationale advocatenkantoor Clifford Chance heeft met ingang van 1 mei 2013 *Titus de Vries* tot partner

benoemd. De Vries is actief in de praktijkgroep Banking & Finance van Clifford Chance en gespecialiseerd in het adviseren van, hoofdzakelijk, banken op het gebied van overnamefinanciering, gesyndiceerde leningen en algemene kredietverlening. Daarnaast is De Vries actief betrokken bij initiatieven op het gebied van alternatieve bronnen van financiering, waaronder private placements. •



Linklaters versterkt de praktijk in Amsterdam met de nieuwe partner *Daniel Gendron*. Hij is gekwalificeerd als solicitor in Engeland en is lid van Barreau du Québec in Canada. Gendron heeft veel ervaring in financieringstransacties. •



Diogo Duarte de Oliveira versterkt het Benelux topkantoor Stibbe in Luxemburg. Hij is lid van Portugese en Luxemburgse balies en behaalde rechtendiploma's in Portugal, Zwitserland, Nederland en Luxemburg. Het cliënteel van Duarte de Oliveira is hoofdzakelijk gevestigd in Frankrijk, Zuid-Europa, Afrika en Latijns-Amerika. •

16 05 2013

Debat 'Jouw Europa'

De Europese Commissie is sinds geruime tijd bezig met het nemen van verschillende concrete maatregelen om het leven van de Europese burgers te vergemakkelijken. Daarvoor gaat zij in gesprek met de Nederlandse bevolking. Op initiatief van de Vertegenwoordiging van de Europese Commissie in Nederland geeft Euro-commissaris Viviane Reding een toelichting over het Burgerschapsrapport 2013. Onder anderen Euro-parlementariërs Judith Merkes en Sophie In't Veld nemen deel aan het debat over 'Jouw Europa'. •

Tijd: donderdag 16 mei van 18:00 tot 20:00 uur

Plaats: auditorium Campus Den Haag, Schouwburgstraat 2 te Den Haag

Inlichtingen en aanmelding: aanmelden kan via het aanmeldformulier op: <http://www.montesquieu-instituut.nl/>

31 05 2013

NISZ studiemiddag

Het Nederlands Instituut voor Sociale Zekerheid (NISZ) organiseert een multidisciplinaire studiemiddag over de lokale verzorgingsstaat en decentralisatie van sociale zekerheid. De laatste jaren krijgen gemeenten een steeds grotere rol bij de uitvoering van sociale zekerheid. Te denken valt aan de WMO en de jeugdzorg. Diverse motieven spelen hierbij een rol. In het recent gesloten Sociaal Akkoord van 10 april 2013 van de Stichting van de Arbeid heeft die decentralisatie ook een plaats gekregen. Bij deze ontwikkeling richting lokale verzorgingsstaat zijn de nodige juridische vragen te stellen. Daarnaast kunnen ook bestuurskundige vragen worden gesteld. Tijdens deze studiemiddag wordt ingegaan op deze vragen. •

Tijd: vrijdag 31 mei van 14.45 tot 17.30 uur

Plaats: Universiteit Utrecht, Achter Sint Pieter 200 (Raadzaal) te Utrecht

Inlichtingen en aanmelding: aanmelden kan via Lilian Mijnaals, e-mail: l.mijnaals@ser.nl. Deelname is kosteloos voor NISZ-leden. Niet-leden kunnen eenmalig gratis deelnemen aan een NISZ-studiemiddag.

03 06 2013

Spring meeting KNVIR

'Business and human rights' has been 'in the air' for decades and received renewed attention since the adoption in 2011 of John Ruggie's UN Guiding Principles on Business and Human Rights. As to the 'remedy pillar' a range of questions comes to

the forefront: How to prevent human rights abuses by companies? How to resolve issues by using non-judicial means, from pressure through the internet to mediation and arbitration? And, ultimately, if other means fail to be effective, seen at least from the perspective of the victims, how can effective judicial remedies be created? The June meeting of the Royal Netherlands Society of International Law (KNVIR) will focus on the latter question, knowing that many people know something of these legal aspects, while only a few can be considered to be real experts. Questions to be addressed relate to extraterritorial duties of companies and States and related jurisdictional questions. Two cases will serve as background and provide the evening with laboratory-like situations: *The Shell-Nigeria* case before the District Court of The Hague and the case of *Esther Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* currently pending before the US Supreme Court. •

Tijd: maandag 3 juni van 19:00 tot 21:00 uur.

Plaats: The Hague Institute for Global Justice, Sophialaan 10 in The Hague

Inlichtingen en aanmelding: Free for members and non-members. Registration is not required. For more information contact the secretariat KNVIR at e-mail: knvir-secr@longapalus.eu.

18 06 2013

De vernieuwde Wet Bibob

Per 1 juli 2013 geldt de nieuwe Wet Bibob voor vastgoedtransacties door de overheid. Hiermee is het mogelijk voor overheidsinstanties om voorgenomen vastgoedtransacties op een aantal punten vooraf te laten screenen zodat schade achteraf kan worden voorkomen. De vernieuwde wet geldt ook voor het verstrekken van vergunningen in het kader van de huisvestingswet, zodat huisjesmelkers eveneens kunnen worden aangepakt. Tijdens deze studiemiddag wordt kort en kernachtig ingegaan op de vernieuwde wet Bibob en de mogelijkheden die deze wet biedt om criminele activiteiten rondom overheidsvastgoed te voorkomen. •

Tijd: dinsdag 18 juni van 12.30 tot 17.00 uur

Plaats: Hotel Breukelen, Stationsweg 91 te Breukelen

Inlichtingen en aanmelding: zie voor meer informatie: http://www.kerckebosch.nl/html/enkelstudie.php?Product_id=483 of e-mail: evandenbergh@kerckebosch.nl. Deelname kost € 345.

26 t/m 30 08 2013

Children's rights

This course on international children's rights will be offered this summer in close cooperation with Professor Ton Liefwaard, Professor of Children's Rights (UNICEF chair) at Leiden Law School and Professor Julia Sloth-Nielsen, University of the Western-Cape, who will coordinate the course. This comprehensive children's rights course takes a close look at contemporary children's rights issues from a legal perspective accompanied by reflections from other academic disciplines, legal systems, local perceptions and realities. Leading academic and professional experts in the field of children's rights, international law and other relevant disciplines offer inspiring and interactive lectures, seminars and excursions in and around Leiden Law School. •

Tijd: maandag 26 t/m vrijdag 30 augustus

Plaats: Leiden Observatory, Niels Bohrweg 2 te Leiden

Inlichtingen en aanmelding: for more information contact the Grotius Centre at: grotiuscentre@cdh.leidenuniv.nl.The registration form can be found at: <http://www.grotiuscentre.org/childrensrightssummercourse.aspx>. The deadline for registration is 1 July 2013. Professionals pay a fee of €900. Students pay a fee of €750. Leiden University students pay a reduced fee of €400.

07 en 08 11 2013

Nudging and beyond

New behavioural insights keep surfacing everyday on how people react to laws, how judges make decisions and how even basic economic behavior is guided by less tangible motives such as trust. These outcomes also provide interesting challenges for policy makers. Still, many crucial questions remain unanswered. Therefore, the BACT (*Behavioural Approaches to Contract and Tort: Relevance for Policymaking*) research group within Erasmus school of Law is organizing the conference *Nudging and beyond: current applications and new perspectives on behavioral insights*. This conference aims at bringing together policy makers and academics and also at presenting new findings and perspectives from expert behavioural scientists. •

Tijd: donderdag 7 en vrijdag 8 november

Plaats: Erasmus University Rotterdam, Burgemeester Oudlaan 50 in Rotterdam

Inlichtingen en aanmelding: fee is € 50. Please register by email for further updates with: desmet@law.eur.nl or f.weber@law.eur.nl

13 05 2013
Conference 50th anniversary
of the Van Gend en Loos judgment
NJB 2013/493, afl. 9, p. 592

14 05 2013
Nationale politie en
strafrechtspleging
NJB 2013/784, afl. 14, p. 942

14 05 2013
NGB Extra
NJB 2013/1002, afl. 18, p. 1250

15 05 2013
CIROC: Grensoverschrijdende
recherche
NJB 2013/784, afl. 14, p. 942

15 05 2013
Openbare orde in het migratierecht
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1181

16 05 2013
Congres Afgeluisterde Advocaten
NJB 2013/718, afl. 13, p. 869

16 05 2013
Debat 'Jouw Europa'
NJB 2013/1249, afl. 19, p. 1309

16 en 17 05 2013
More efficient legal remedies in EU
criminal justice
NJB 2013/718, afl. 13, p. 869

21 05 2013
De zieke werknemer in 2013
NJB 2013/1002, afl. 18, p. 1250

23 05 2013
Jaarcongres ZIFO
NJB 2013/872, afl. 16, p. 1103

23 05 2013
TEDxRadboudU 2013
NJB 2013/872, afl. 16, p. 1104

24 05 2013
Jaarvergadering VAR
NJB 2013/784, afl. 14, p. 942

27 en 28 05 2013
European Energy Law Seminar
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1181

vanaf 28 05 2013
Magna Carta Juridisch Genootschap
NJB 2013/1002, afl. 18, p. 1250

29 05 2013
Symposium Medisch beroepsgeheim
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1181

30 05 2013
Prospectusaansprakelijkheid
NJB 2013/718, afl. 13, p. 869

31 05 2013
The Legal Position of the Accused
and Convicted Citizen in the EU
NJB 2013/718, afl. 13, p. 869

31 05 2013
Arbitragerecht op de scheidslijn van
oud naar nieuw
NJB 2013/718, afl. 13, p. 869

31 05 2013
Jaarlijkse ALV Christen
Juristenvereniging
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1181

31 05 2013
NISZ studiemiddag
NJB 2013/1249, afl. 19, p. 1309

03 06 2013
Spring meeting KNVIR
NJB 2013/1249, afl. 19, p. 1309

03 t/m 07 06 2013
Wereldcongres van de Association
Henri Capitant
NJB 2013/872, afl. 16, p. 1104

04 06 2013
Seminar Duitse juridische termen
NJB 2013/334, afl. 6, p. 404

04 06 2013
WRV bijeenkomst
NJB 2013/872, afl. 16, p. 1104

05 06 2013
Seminar Fact Finding in Human
Rights Litigation
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1181

12 06 2013
Actualiteitencursus
vreemdelingenbewaring
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1181

13 06 2013
Symposium RIMO
NJB 2013/1002, afl. 18, p. 1250

18 06 2013
De vernieuwde Wet Bibob
NJB 2013/1249, afl. 19, p. 1309

20 06 2013
Symposium RUG
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1181

24 06 2013
VMR Themamiddag
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1181

24 06 t/m 05 07 2013
Summer school on Health law and
ethics
NJB 2013/784, afl. 14, p. 942

01 en 02 07 2013
Criminology Conference: Resistance
NJB 2013/136, afl. 2, p. 146

01 07 t/m 05 07 2013
Summer Programme on
International Sports Law
NJB 2013/784, afl. 14, p. 942

26 t/m 30 08 2013
Children's rights
NJB 2013/1249, afl. 19, p. 1309

12 09 2013
IFR-symposium
NJB 2013/872, afl. 16, p. 1104

09 t/m 11 10 2013
Congres European Association
of Health Law
NJB 2013/238, afl. 4, p. 285

07 en 08 11 2013
Nudging and beyond
NJB 2013/1249, afl. 19, p. 1309

29 en 30 11 2013
NJLP conferentie
NJB 2013/947, afl. 17, p. 1182

Een uitgebreide versie van deze agenda is te raadplegen op www.njb.nl.



Beginselen van strafrecht



Mr. Ch. J. Enschedé; bewerkt door mr. T. Blom

13e druk, maart 2013
ISBN 9789013115376
Prijs € 33,50 (incl. btw)

Deze klassieker verscheen voor het eerst in het najaar van 1969 en bleek te voorzien in een grote behoefte. Niet alleen studenten, maar ook leken waarderen het boek als een prettige gids tot inzicht in de hoofdlijnen van ons strafrecht en onze strafrechtspleging. 'Beginselen van strafrecht' biedt - als vanouds - een goed inzicht in de wijze waarop ons strafrecht functioneert.

In de dertiende druk is nieuwe wetgeving verwerkt, zoals de herziene positie van de rechter-commissaris en het verdwijnen van het gerechtelijk vooronderzoek, de nieuwe Politiewet 2013 met één nationaal politiekorps en talloze andere veranderingen.

Ook is er aandacht voor belangrijke wijzigingen in de strafrechtspleging waar de invloed van het internationale (m.n. Europese) recht en het slachtoffer van strafbare feiten steeds groter wordt. Aandacht is er ook voor de 'nieuwe' rechten van de verdachte op basis van Europese jurisprudentie, zoals het consultatierecht voorafgaande aan het eerste politieverhoor.



Kluwer

a Wolters Kluwer business

Meer informatie/bestellen
www.kluwer.nl of neem contact op
met onze afdeling klantcontacten
via www.kluwer.nl/klantenservice
Prijswijzigingen voorbehouden

HOE VER KIJK JIJ?

DOCENT-ONDERZOEKER SOCIAAL RECHT

0.8-1.0 FTE - Vacature nr. 13115

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

De faculteit verzorgt diverse opleidingen in de disciplines Rechtsgeleerdheid, Notarieel recht en Criminologie. Het facultaire onderzoek richt zich op de maatschappelijke functie en relevantie van het recht, en heeft vaak een internationaal en/of multidisciplinair karakter.

De taken bestaan onder andere uit het geven van colleges en werkgroepen in de bachelor- en masterfase van de opleiding Rechtsgeleerdheid, de begeleiding van scripties en het verrichten van (promotie)onderzoek.

Kijk voor meer informatie op WWW.WERKENBIJDEVU.NL



VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

IS VERDER KIJKEN

WEL DE KWALITEIT, NIET DE REISTIJD



Juridische interactieve
webinars vanaf de werkplek!



www.lawatweb.nl

**15%
korting**
voor NVSA
leden



WEBINARS:

- Advocaat en getuigenverhoor | Mr. Tj. van der Spoel
22 mei | 2 PO | € 138,00 (excl. btw en NVSA korting)
- Advocaat en politieverhoor | Mr. J. Verbaan
4 juni | 3 PO | € 207,00 (excl. btw en NVSA korting)
- Online jurisprudentiebespreking | Mr. H. de Doelder en mr. J. Verbaan
16 mei en 4 juli | 1 PO | € 69,00 (excl. btw en NVSA korting)

Ga voor het volledige
programma naar
www.lawatweb.nl